

SIGLO



Revista Ciencia y Técnica

Publicación científica de la Editorial Universidad Siglo 21



GÉNERO

FAMILIA

IDENTIDAD

VIOLENCIA

DERECHOS

EDUCACIÓN

■ La responsabilidad del Estado ante casos de violencia de género

■ La procedencia del agravante del femicidio

■ En búsqueda de una justicia con equilibrio de derechos

■ Colisión de derechos: educación y huelga en la República Argentina

El problema de interpretación: un obstáculo en la delimitación de la violencia contra la mujer

El derecho de tener una familia: La pugna de la "familia modelo", la diversidad actual y la incorporación de la Perspectiva de Género.

Índice

El derecho de tener una familia. La pugna de la “familia modelo”, la diversidad actual y la necesaria incorporación de la Perspectiva de Género.....04

Abril Agnolón

La responsabilidad del Estado ante casos de violencia de género.....19

Antonio Roberto Barrionuevo

Colisión de derechos: educación y huelga en la República Argentina.....29

Sabrina Giselle Chemelli

La procedencia del agravante del femicidio. Un análisis de lo sostenido por el TSJ de Córdoba.....35

Lucas Joaquín Piva

En búsqueda de una justicia con equilibrio de derechos47

María Virginia Aliandro Frandino

El problema de interpretación: un obstáculo en la delimitación de la violencia contra la mujer55

Victor Hugo Morales

El derecho de tener una familia. La pugna de la “familia modelo”, la diversidad actual y la necesaria incorporación de la Perspectiva de Género.

The right to have a family.
The struggle of the "model family", the current diversity and the
necessary incorporation of the Gender Perspective.

Abril Agnolón¹
mail@mail.com

Resumen

Frente a los factores que influyen en nuestra actualidad social que nos demuestran con vigor la existencia de diversas realidades en el llamado, tradicionalmente, “núcleo familiar perfecto”, es que este trabajo observa el apuro de estudiar los fenómenos que las provocan, con motivos de entender la potencial necesidad de dejar atrás el concepto social de “familia modelo” y comenzar a hablar de otros tipos de familias, reconociendo en ellas la diversidad sexual, entre otros aspectos; por ello es inminente la necesidad de establecer los parámetros esenciales del estudio de Género y Perspectiva de Género con los que se debe actuar en el Derecho de Familia.

Palabras claves: Género, Derecho de familia, Núcleos familiares perfectos, Diversidad sexual, Perspectiva de género.

Abstract

In the presence of the factors that influence our social reality that vigorously show us the existence of different realities in the so-called, traditionally, "perfect family nucleus", this report observes the rush to study the phenomena that creates them, with reasons to understand the potential need to leave behind the social concept of "model family" and start talking about other types of families, recognizing in them sexual diversity, among other aspects, and that is why the imminent need to establish the essential parameters of the study of Gender and Gender Perspective in which one must act in Family Law.

Key words: Gender, Family Law, Perfect family nucleus, Sexual diversity, Gender Perspective.

¹ Universidad Siglo 21

Introducción

La actualidad se encuentra inmersa en un universo de frescos conceptos que se van desarrollando conforme el tiempo pasa y repercuten de manera evidente en lo que, como sociedad, se acostumbra a llamar, desde los orígenes, el “núcleo familiar perfecto”, motivo que expone el desafío que implica entender la diversidad de modelos que existen, hoy en día, al hablar de familia; y, para poder entender y encontrarle una posible solución plausible de ser la elegida, es que este trabajo evidencia la urgente obligación que debe tener el Derecho de Familia al buscar la actuación de la Perspectiva de Género, con todas sus exposiciones, para que aquel comience a accionar, en conjunto con esta, teniendo en cuenta todas las herramientas.

Para ello, es necesario dar lugar a la diferenciación de una serie de conceptos y definiciones claves que permitirán comprender mejor la temática.

¿Cómo entender el género y la perspectiva de género?

Hablar de “género” no es sinónimo de mencionar “perspectiva de género” o “sexo”, siendo este último un concepto solo referido a criterios anatómicos, es decir, la representación de las características biológicas y fisiológicas que definen al hombre y a la mujer.

El género responde a un concepto de raigambre histórico y dinámico, evidencia una construcción sociocultural

naturalizada, es decir, creencias de una cultura determinada, que se transmiten de generación en generación, incluso estando en constante transformación y evolución.

Es una categoría construida, no natural, que atraviesa tanto la esfera individual como la social (...) influye de forma crítica en la división del trabajo, la distribución de los recursos y la definición de jerarquías entre hombres y mujeres en cada sociedad (...) y también incide sustantivamente en el ejercicio pleno de los derechos humanos de mujeres y varones. (Faur, 2008, p.1)

En otras palabras, el género alude a los atributos sociales pertenecientes, por un lado, a la mujer y, por el otro, al hombre, y así las oportunidades a las cuáles tendrán acceso siguiendo determinados patrones preestablecidos, quedando en evidencia el protagonismo de los “estereotipos”, es decir, aquellas figuras o imágenes sociales que supuestamente caracterizan a un grupo de personas determinado y nos demuestran “cómo deberían ser”, negando su carácter individual y agrupándolos en base a la idea fija de que si alcanzan determinados aspectos, todos los individuos del grupo al que se hace referencia estarán dentro de la misma categoría.

Se puede advertir que cada sociedad, dependiendo del contexto en el que estemos situados, tiende a atribuirle valores diferentes a lo que es “masculino” y a lo que es “femenino”, y, si se lo analiza desde otro punto de vista, donde este trabajo pone la atención, este sistema de

conceptos aprendidos socialmente, que determina la esperada forma de ser o de actuar del hombre y de la mujer, está remarcando desigualdades; por ello, las Ciencias Sociales y la Teoría de Género comienzan a tener, cada día, más intervención, al reconocer las distintas configuraciones que se establecen socialmente.

La “perspectiva de género” representa la disciplina o herramienta que ayuda a la sociedad a observar, analizar y comprender cómo operan y funcionan estas representaciones sociales, así como también los roles, estereotipos y demás conceptos que influyen fuertemente en la idea de “núcleo familiar perfecto” que le compete debatir a este artículo.

Con la Perspectiva de Género al volante de este viaje, es que a lo largo de este trabajo se refutará la idea de “la familia perfecta”, compuesta por una madre, un padre y sus hijos; trabajo de investigación que remarca la importancia de la intervención de esta disciplina en las diferentes ramas del Derecho.

Visualizando todos los objetivos que la perspectiva pretende como herramienta, y si logramos hacer un uso adecuado de ella, como así también de su propuesta principal sobre todos los ordenamientos jurídicos y reflexionando la urgencia de que sean aplicados frente a casos particulares, específicos, y muchas veces excepcionales, podremos comenzar a marcar una importante diferencia. Es inminente la necesidad de juzgar con la perspectiva de por medio y, si no se hace, este trabajo se toma el atrevimiento de

declarar que será demasiado tarde y se habrá desaprovechado la posibilidad de dejar huella en el mundo del Derecho. Así como, lamentablemente, los estereotipos han sido naturalizados, es momento de que se tome el control y se realice un enfrentamiento en dirección a ellos, comenzando a aceptar que la Perspectiva de género es una categoría relacional necesaria que ayuda a poder mirar la realidad entre hombres y mujeres, donde, muchas veces, en estas relaciones se manifiesta una posición de poder de un grupo por encima de otro. La tarea de este trabajo es sumergirse en la sociedad para tomar la responsabilidad y romper esquemas y patrones que se han instalado en la misma como los “únicos reales y aceptables”.

¿Qué propone la perspectiva de género?

Para hablar de una efectiva aplicación de la Perspectiva como instrumento en los ordenamientos jurídicos, es primordial comprender cuáles son sus presupuestos y a dónde apunta su mirada como herramienta protectora de las mujeres y grupos o sectores vulnerados (comunidad LGBTQ+, entre otros).

Como la naturalización de determinadas construcciones sociales es de dominio público, se puede notar que existen espacios donde la división ideológica entre hombre y mujer es estrictamente marcada, asignándole roles a cada uno de ellos, pudiendo distinguir que “lo productivo” le corresponde, generalmente, al hombre y “lo reproductivo” le correspon-

de a la mujer; y que, “lo público” es espacio de actuación del hombre y la mujer debe reservarse al ámbito “privado”, lo que pone en escena las limitaciones a las que cada uno de ellos se deberá enfrentar cuando ingresa en el campo del otro, juicio que pertenece a la esencia de los estereotipos propiamente dichos.

La perspectiva de género llegó para quedarse

Para poder erradicar patrones culturales que se reproducen o comportamientos estereotipados que se sostienen en la sociedad y hasta logran influir en múltiples ramas del Derecho, como, por ejemplo, en el Derecho de Familia, más precisamente en el núcleo familiar, es que este trabajo percibe la necesidad de establecer una serie de propósitos y dictámenes a cumplir para poder transformar esas desigualdades en posibilidades.

En primer lugar, es inevitable hablar de la importancia de establecer protocolos de educación, donde se pueda concretar efectivamente el derecho a la igualdad y se puedan promover acciones básicas de prevención de la discriminación en cualquiera de sus formas, para proyectar ideas sobre la base de crear mentes libres de prejuicios y, para ello, la perspectiva de género fomentará el velar por los valores y principios que se relacionan con el desarrollo sexual del ser humano y el derecho a su integridad protegida.

Permaneciendo en la idea de que la esencia de la perspectiva es contrarrestar construcciones sociales que han provo-

cado desigualdades, este trabajo busca incorporar metodologías con enfoque de género, que reconozcan estas discriminaciones y, como solución, le den valor a la diversidad.

¿Por qué es importante estudiar la perspectiva de género en el Derecho de Familia?

Apoyo firmemente la manifestación de que ha llegado el momento de que la perspectiva de género cobre un protagonismo principal en el Derecho de Familia, motivo que compete por algunos aspectos más específicos y más propios de las realidades a las que gran parte de la sociedad no está lista o, incluso, no desea afrontar.

Pedir la intervención de una herramienta como tal, con todos los propósitos que conlleva, en el Derecho de Familia, provoca que se empiece a refutar los conceptos más básicos de lo que significa o no, o podría significar, una familia, conceptos con los que la sociedad se viene educando y formando desde el origen de los tiempos.

Refutar el origen del matrimonio y el núcleo familiar será la razón de ser de este artículo.

De acuerdo con Carmen Valdivia Sánchez: la ONU, en 1987, señaló recomendaciones para discriminar hogar y familia:

Art: 131: “La familia debe ser definida como nuclear. Comprende las personas que forman un hogar privado, tales como los esposos o un padre o madre, con un

hijo no casado o en adopción. Puede estar formado por una pareja casada o no casada, con uno o más hijos no casados, o también estar formada por uno de los padres con un hijo no casado. Art. 132: “El término pareja casada, debe incluir aquellas que han contraído matrimonio o que viven una unión consensual”.(2018,p.16)

Aun tomando de palabra las declaraciones presentadas por la ONU, se observa que, desde hace muchos años, se toma como base la imagen del “núcleo tipo” a seguir, esto es “familia conformada por padre y madre”, independientemente del matrimonio o unión que los vincule, sin hacer más mención sobre otro tipo de lazo establecido entre quienes cumplen el papel de progenitores, evadiendo el pensamiento de que dicho núcleo puede verse conformado de distintas formas y nunca mencionar las uniones o matrimonios que poseen una diversidad sexual diferente a la tradicionalmente aceptadas, es decir, ignorando obstinadamente la orientación LGBT (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, entre otros), como ejemplo.

Se puede advertir que las variaciones dentro de las cuales se mueve dicha Organización son dentro del ámbito del tipo concreto de unión que las partes han celebrado y sus efectos legales, es decir, si hay o no celebración de matrimonio, o si hablamos de una simple unión convivencial. Sin embargo, a este trabajo ese aspecto no le interesa. Más bien, le importa poner foco en quienes ocuparán el rol de “padres” en una familia. Es decir,

si se habla de un núcleo familiar compuesto por padre y madre, o si se habla de un núcleo familiar compuesto por madre y madre, entran otras posibles vinculaciones, valorando, en la esencia de este artículo, que el afecto en el hogar y la dedicación a la crianza, educación y formación imprescindible de los hijos puede ser exactamente el mismo, o incluso mejor, pero producto de las construcciones sociales que se vienen repitiendo a lo largo del tiempo; esta es una realidad poco conversada, poco protegida, poco respetada, poco legislada y hasta incluso discriminada.

¿Por qué hablar de familia? Mejor hablemos de familia(s)...

Si bien, determinadas autoras dan una definición de familia más avocada a los objetivos y efectos, adherimos a lo que afirma Elizabeth Jelin:

Es considerada como una institución social que regula, canaliza y confiere significados sociales y culturales a la sexualidad y la procreación, a la vez que, inmersa en relaciones de parentesco, mantiene relaciones (obligaciones y derechos) que están guiadas por reglas y pautas sociales preestablecidas.(2020,p.30)

Para lograr comprender el fundamento de la refutación al tipo de familia tradicional, que se acostumbra mencionar como ejemplo cuando se pregunta qué es una familia, primero es necesario entender la naturaleza y el espíritu de esta.

Es merecedora de alusión la mención que

realiza Rosario Aguirre, expresada por Doris Solís Carrión:

Autores como Weber y Parsons orientaron sus análisis a la familia como factor de estabilidad social, poniendo énfasis en una división sexual del trabajo que aseguraría esa estabilidad. Dicha división caracteriza al hombre como proveedor económico, a la mujer en el rol reproductivo. (1998, p.96)

En el carácter de análisis de este trabajo advierto, aquí, que estos autores enfocan la esencia del concepto orientados por la visión de fracción o disociación que la sexualidad provoca, destacando los roles destinados para el hombre que difieren del asignado a la mujer.

Según Rosario Aguirre, Doris Solís Carrión:

Otros pensadores marxistas, como Kollontai y Gramsci, enfatizaron que la familia se constituye en interacción con las demás instituciones sociales e iniciaron el cuestionamiento de la división de tareas por sexo, como fuente de diferencias hacia las mujeres, tanto en la familia como en la sociedad. (1998, p.96)

No menos importante, para poder comprenderlo de mejor manera, es mencionar la famosa Revolución Gramsciana, que dejó un cambio en el concepto de familia. El teórico italiano, Antonio Gramsci, marcaba su lema alegando que las masas deben deshacerse de los prejuicios y tabúes y proponía, con su teoría, transformar las concepciones, para así poder llegar a convertir las mentalidades tradicionales mediante diferentes ense-

ñanzas y, como objetivo general, crear nuevas generaciones.

Batalla de ideas

La sociedad actual está instruida en base a ideas ancestrales de bastante peso, muchas veces con gran influencia de corrientes religiosas; esto significa creer en una institución representada por patrones culturales.

Este trabajo de investigación avala firmemente la idea de que la familia es el primer espacio que provoca el proceso de socialización de los niños con cualquier otra institución, de manera que es sumamente importante que ellos puedan desenvolverse en un espacio acorde a sus necesidades.

Si bien la familia no es una institución que surja de manera espontánea e involuntaria, con todo lo que ello implicaría, como se mencionó anteriormente, su naturaleza primera está ligada a los contextos históricos y socioculturales que ha ido experimentando el ser humano, lo cual da cuenta de que la definición que se dará de ella dependerá de distintas y múltiples perspectivas. ¿Por qué? Porque dicha definición lleva consigo, obligatoriamente en su esencia, al contexto dentro del cual se la brinda; es decir, están atados el uno al otro.

Para darle principio a la batalla de ideas que pretendo plasmar y para entender donde encuentra su razón de ser el concepto de familia, primero se debe captar cuál o cuáles son las diferencias concretas que existen entre la definición

tradicional de familia y su “núcleo perfecto”. Esta labor percibe, desde un comienzo, que las particularidades y características de la familia tradicional se reducen a su estructuración y conformación, determinando sus modos de actuar y roles dependiendo de cada lugar que se ocupe dentro de ella. En otras palabras, para el concepto tradicional o clásico que se arrastró por muchos años, desde el siglo XIX, la familia tradicional se basa en gozar de las siguientes peculiaridades; a juicio de esta investigación, se mencionan las tres más fundamentales:

a) Estructura compuesta por padre y madre heterosexuales.

Aquí se puede advertir que, al estar nombrados estos de manera tan delimitada como progenitores, se da por entendido que cada uno de ellos cumplirá con lugares y papeles diferentes y específicos que se corresponden, nada más y nada menos, que con sus diferencias sexuales. Es decir, tradicionalmente, el padre será jefe de familia, la cabeza y el líder y la mujer se encontrará escalones debajo de él, no ocupando un lugar, sino cumpliendo con determinadas tareas.

De este ítem se desprende el siguiente:

b) Progenitores con roles.

El progenitor hombre representa el sustento del hogar; tiene un rol productivo, lo que quiere decir que solo él tendrá acceso a fuentes de trabajo para proveer, así, los alimentos o elementos básicos que se necesitan para vivir, tanto a su esposa como a sus hijos. Mientras que,

por otro lado, el rol de la mujer se reduce de manera muy estrecha, siendo meramente reproductivo: madre de hijos, y siguiendo el patrón cultural de tener como vocación el ser ama de casa, realizar deberes que se relacionan con el cuidado del hogar, como la limpieza de los espacios, la atención de la vestimenta o la preparación de comidas, siendo el hombre, aquí, en estas tareas, secundario y ajeno a ellas.

c) No se habla de “vínculo consensual”, sino de matrimonio propiamente dicho. En este punto es donde advierto el peso de las creencias religiosas.

Al hablar de este ítem como característico del concepto tradicional de familia, es imposible no referir a la exclusión de vínculos de carácter más libres o menos ajustados a la ley, como de los que sí se puede, quizá, conversar hoy en día, ya que, desde hace siglos, la “opción correcta” siempre fue establecer una familia bajo el régimen de matrimonio, y ese matrimonio era celebrado bajo las normas, reglas, pautas, ritos y/o culturas de índole religioso, independientemente su corriente.

Según un estudio realizado por 79 expertos en mediación familiar (abogados, trabajadores sociales, psicólogos y educadores sociales), mediante el método detallado en el artículo “Tipos de Familia y Satisfacción de Necesidades de los hijos”, publicado en la Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, se puede conocer cuáles son los siete tipos de familia que

existen. Este trabajo hace mención, en primer lugar, de los tipos que responden a los ítems característicos, mencionados anteriormente: “Nuclear, convencional, tradicional o conyugal (dos generaciones: padres + hijos). Extensa o compleja (tres o más generaciones: padres + hijos + abuelos + bisabuelos)”, (Román; Martín y Carbonero, 2009, P. 551).

Se percibe entonces que existían muy bajas probabilidades de que, tanto el hombre como la mujer, salieran de su espacio de actuación y realizaran otras tareas que no fueron nunca asignadas, socialmente hablando, o incluso, la familia pudiera estar conformada por otro tipo de modelo.

Las definiciones que se brindan de “familia tradicional”, y que arrastran su propio origen, demuestran que dicho modelo es clásico y típico, respondiendo a un contexto social centralizado, no globalizado, poco abierto a las diferentes posiciones que puedan ir en contra de este, y donde no existía refutación alguna sobre si era correcto o no, si era justo o no, simplemente porque no había lugar a duda, todo era certidumbre y no cabía la posibilidad de cuestionar dichas construcciones porque no existía otra realidad que no fuera esa.

Sin embargo, con el paso de los años, operadores dedicados a la materia, siguen demostrando que, producto de las distintas corrientes ideológicas que impactan en muchos ámbitos y que surgen con facilidad en la realidad social actual, existe una pluralidad de arreglos familiares o vínculos que, poco a poco,

van siendo reconocidos gracias a la intervención de perspectiva de género, aunque todavía estén en pleno desarrollo y su aceptación no sea completa, motivo por el cual se lucha y trabaja.

Como con lo expuesto, hasta aquí, se deja plasmado cuál es el primer grupo que se presenta en la batalla, para una lucha siempre harán falta dos. Es por ello que el restante adversario está representado por las diversas realidades actuales. Como declara la socióloga Doris Solís Carrión, “las nuevas tendencias buscan aportar una comprensión más integral”, (2015, p.1)

Estas tendencias pretenden transformar el concepto de familia tradicional, pudiendo encontrar una nueva esencia en la importancia de la aplicación de la perspectiva de género y cómo esta influye para que se pueda llevar a cabo la separación de roles de género y erradicar esa división social producto del desarrollo sexual tan conocida, que se ha naturalizado.

Admito creer y dar voto a favor de que factores como la velocidad del tiempo, las transformaciones en las estructuras sociales y la infinidad de distintas realidades nacidas de corrientes ideológicas que, para un sector de la sociedad son novedad, son los motivos principales para sostener que la familia tradicional ya no es lo que todos, alguna vez, conocimos y esa idea de “núcleo familiar tradicionalmente perfecto” debe perderse. Es muy común notar, en la actualidad, que estas corrientes ideológicas occidentales de amor libre han logrado ocupar un

gran espacio hoy en día y son merecedoras de atención, motivo por el cual esta investigación afirma que, al día de la fecha, existe una apertura social a reconocer la diversidad sexual, motivo por el cual se sostiene que la perspectiva de género trabaja por erradicar todos los patrones que arrastra dicho concepto tradicional, por ello, comienza a plasmar ideas más amplias, más plenas y más libres de prejuicios.

Este proyecto vuelve a tomar como base el estudio realizado por los agentes mediadores, para continuar descubriendo los restantes tipos de familia que han logrado advertir en los resultados estadísticos de su método, siendo éstos los siguientes: “Monoparental-Madre (madre + hijo). Monoparental-Padre (padre + hijo). Reconstituida, reorganizada o binuclear (dos núcleos familiares - hetero u homo - parciales unidos). Homoparental-Gays (gays + hijos). Homoparental-Lesbianas (lesbianas + hijos)”, (Román, Martín y Carbonero, 2009, P.551).

Confirmo que, luego de la exposición realizada, los cambios más importantes de la familia están profundamente vinculados con el género. Reconocer que estos modelos existen es aceptar que suceden espacios donde todos sus integrantes tienen diversos intereses y necesidades que la perspectiva de género intenta perseguir para satisfacer, y evitar que se sigan fomentando desigualdades, tomando en cuenta todas las veces que el concepto tradicional ha provocado intensas discriminaciones a la diversi-

dad sexual en cualquiera de sus formas o corrientes o los diferentes modelos.

Es importante entender que en los números de modelos actuales de familia, también está la posibilidad de que haya un reparto igual de equitativo y democrático de responsabilidades en el interior de ellas, dejando atrás las diferencias en base al desarrollo sexual.

Estos nuevos modelos de familia basan su esencia en dos factores concretos, que demuestran las diferencias con lo tradicional: la estructura, por un lado, debido a que se puede ver con claridad, que existen plurales rumbos al momento de decidir formar una familia y que jamás una familia será igual a otra, y, por el otro, el funcionamiento, ya que el concepto de “padre o madre” no estará más ligado a cómo funcionan los roles o patrones inculcados, sino que se advertirá una reconstrucción social en pos del respeto a la dignidad del ser humano y el derecho de tener una familiar.

La perspectiva de género demuestra que debe existir el poder repartido, equilibrado, compartido, entendiendo que los roles de las mujeres, por ejemplo, han cambiado, y es necesario dejar ver a la mujer solo como un sujeto que cumple tareas domésticas y comenzar a ver cómo logra ir ganándose protagonismo y liderazgo en distintos ámbitos de la vida, tanto personal como profesional o académico; y, para que pueda lograrse el carácter del poder mencionado y que todo esto pueda suceder de manera real y efectiva, es que este trabajo de investigación jurídica, mediante la solicitud de inter-

vención de la perspectiva al momento de sentenciar en el Derecho de Familia, fomenta la modificación de leyes existentes como así también la creación de legislación que sea necesaria. También impulsa a los integrantes de cualquier modelo familiar a tener respeto por las diferencias individuales y las diversas creencias u orientaciones y proclamar el respeto mutuo a todos y de todos los integrantes.

La perspectiva de género y su problemática sobre las nuevas realidades

Que muchos países tengan por reconocido el derecho a la identidad de género o declaren ser concededores de las diversas realidades que existen, lamentablemente no significa que, en el mundo fáctico, esto se encuentre garantizado en su totalidad. ¿Por qué? Porque, a pesar de contar, en diferentes puntos del mundo, con legislación que acompaña como base dichos reconocimientos (por ejemplo, en el caso que compete nuestro país, la Ley de Identidad de Género de Argentina, que lleva el número 26.743), no todas las situaciones particulares están reguladas legalmente, dándose los llamados casos imprevistos, pertenecientes al mundo de la “vaguedad potencial”, que este trabajo se encarga de detallar a continuidad. Como su nombre lo indica, representan sucesos que no fueron detectados con anterioridad o fueron conocidos con anticipación y, por lo tanto, un caso de esta índole siempre sorprende, tanto al legislador como al sujeto de derecho.

La perspectiva demuestra que existe un mundo de ideas que debe ir ganando terreno en muchos ámbitos, comenzando por el Derecho. Ideas que luchan para erradicar las construcciones sociales impulsadas por los estereotipos y que demuestran que existen otras corrientes de género divergentes con las tradicionales; casos donde podemos advertir aquellas personas transexuales que deciden formar una familia de tipo homoparental, las familias con jefatura femenina o aquellas donde solo están conformadas por un solo progenitor masculino.

Al entender que dentro de ese mundo existen tantas realidades como personas, es inminente inferir que lógicamente dichas realidades no estarán todas reguladas porque, en ese sentido, este trabajo se toma el atrevimiento de expresar que el Derecho es ignorante en la materia y, también, porque la perspectiva de género va transformándose conforme el tiempo, y conforme el tiempo pasa se crean más realidades y he aquí la problemática que importa entender para poder enfrentarla y superarla. Dicha problemática responde a una textura abierta de problemas lingüísticos. Se la categoriza como tal debido a la presencia de términos que exponen cierto grado de indeterminación, ya sea de alcance o de aplicabilidad, porque el legislador no puede tener conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro depara y, por ese motivo, esos casos imprevistos no están regulados legalmente, y es exactamente lo que se puede captar cuando se habla de las

diversas realidades que la perspectiva de género lucha por que se reconozcan día tras día.

¿Cómo solucionamos esta vaguedad potencial en las realidades sociales?

Es importante reconocer que en todos los sistemas jurídicos normativos pueden existir casos en los que las leyes existentes resulten indeterminadas, con poco alcance o una limitada aplicabilidad. En referencia, tal como señala Iván Garzón Vallejo, “la textura abierta del derecho implica que hay áreas de conducta donde debe dejarse un amplio espacio que será desarrollado por los tribunales o funcionarios, quienes procurarán hallar un compromiso entre los intereses en conflicto y asumir una decisión” (2008, p.1).

Ese amplio espacio que se menciona previamente representa el poder-deber de los funcionarios, es decir, la facultad otorgada a ellos por el ordenamiento jurídico, para decidir según los principios que consideren que tienen una aplicación justificada ante la indeterminación o la textura abierta que presenta la norma, lo que se conoce como “discrecionalidad judicial” y que será la factible solución al problema de la vaguedad que se plantea.

Como menciona Mario Masciotra, la discrecionalidad es definida como “la zona de posibilidad entre alternativas legítimas en oportunidad del dictado de pronunciamiento”. (2017, p.1)

Ante la ausencia de normas positivas que

resuelvan el caso concreto, si esa discrecionalidad judicial se lleva a cabo de una manera sincera y valorando cada aspecto presente, se podrá esclarecer esa vaguedad que preocupa; porque, de lo contrario, estos casos imprevistos o difíciles quedarán fuera del sistema y serán olvidados, desaprovechando la posibilidad de los funcionarios o tribunales de marcar la diferencia en el sistema. Significa entonces que se trabajará para eliminar las indeterminaciones que existen a nivel jurídico, para poder tener una regulación real y efectiva, en temas tan demandantes como la diversidad que propone la Perspectiva de género.

La perspectiva de género llama a los jueces al estrado

Después del análisis exhaustivo realizado a lo largo de este artículo, se alcanza la parte más considerable, relevante y notable: la importancia de sentenciar con perspectiva de género.

Este trabajo de investigación jurídica es un llamado a los jueces para comprender la importancia de fallar con perspectiva de género, significando comenzar a respetar al ser humano en su completa esencia y en su dignidad.

Como se ha expuesto con anterioridad, uno de los conceptos que más pesa al momento de hablar de la urgente necesidad de sentenciar con perspectiva, es el de “estereotipo”, aludiendo a las meras características o papeles que deberían ser ejecutados por hombres y mujeres en sus espacios respectivos. Esto es un

juzgamiento por parte de la sociedad, debido a que el término “deberían ser” denota el rol que está asignado para ellos y el que la sociedad espera que cumplan, y, si no lo hacen, crudamente hablando, la mujer no estaría cumpliendo con su papel de “ser mujer” y el hombre no estaría cumpliendo con su papel de “ser hombre”, siendo esto el inicio de una gran discriminación. Por lo tanto, es necesario expresar que los jueces deben fallar respetando también la identidad de género y el género del ser humano, es decir, cómo quiere ser tratado y acatar su respuesta, sea cual sea. Para esta enorme y calificada tarea, los jueces deben considerar, también, la legislación internacional, debido a que la variedad de Protocolos, Cuadernos y Modelos que existen a lo extenso de este mundo brindan visiones muy valiosas sobre el futuro de estas sentencias.

Sentenciar con perspectiva de género significa mucho más que ayudar a quienes se han visto vulnerados o discriminados producto de las desigualdades. Significa una obligación constitucional, por parte de todos los países, de no solo respetar, sino también ocuparse de garantizar, promover y proteger el derecho a la igualdad.

Significa, además, que, para poder llevar a cabo un correcto y digno análisis de los casos y sus contextos respectivos, es necesaria e inminente la tarea de incorporar elementos básicos. Estos elementos básicos ayudarán al Derecho a poder comprenderla y aplicarla.

Este trabajo de investigación ofrece,

entonces, un método de reglas diseñado exclusivamente de autoría y que le brindará al Derecho herramientas para advertir aspectos iniciales para integrar, de mejor manera, el análisis que éste deberá llevar a cabo, y la manera más efectiva de comenzar es aplicando el primer nivel del método:

1) La etapa de advertencia de errores.

Esta etapa representa todo lo que el Derecho NO debería hacer, o, mejor dicho, debería evitar al momento de sentenciar con perspectiva de género. El Derecho nunca debe pensar que la perspectiva de género es una problemática que responde solo a las mujeres en cuanto a su carácter biológico, o cuando están dentro del ámbito de la violencia doméstica, ignorando así los grupos vulnerables. Tampoco que esta petición de sentenciar con perspectiva respecta a una actividad de carácter laboral. Tiene que ver, en realidad, con los cambios que se realizan en la vida de los seres humanos a nivel personal y todo lo que ello implica.

2) La etapa de identificación.

Aquí, el derecho debe realizar una exhaustiva observación de estados en el caso, debe tener en cuenta ciertos criterios específicos a observar: si existe situación de poder o no, si dicho poder es equilibrado o desequilibrado y en qué grado, si se advierte un contexto de desigualdad estructural, siendo esta la

reproducción sistemática de relaciones asimétricas por parte del Estado con la finalidad de mantener la hegemonía de grupos de poder, si esa desigualdad es formal o material, si alguna de las partes presenta signos o vive bajo un contexto de violencia de género, percatarse en qué época o lugar ha ocurrido la vulneración del derecho del caso presentado, advertir cuáles son los hechos, tanto la situación objetiva como la subjetiva que la persona ha vivido, y prestar atención si en el caso se vinculan las llamadas “categorías sospechosas”.

Por lo anterior, como mencionan Luis E. González, Everardo Pérez Pedraza y Enrique Rabell García, “las categorías sospechosas son criterios de clasificación utilizados para atribuir roles, características o funciones a las personas con base en el grupo en el que los hemos catalogado o en la forma estereotípica, es decir adentro hay una sospecha” (2018, p. 47). En otras palabras, comprende la raza y/o la religión, el género, la nacionalidad, la posición económica, entre otros. Los elementos básicos que sí deberá impulsar el Derecho al momento de sentenciar con perspectiva forman parte de la tercera etapa:

3) *La etapa de acción.*

En esta instancia el Derecho debe comenzar a actuar de manera segura y firme frente a los casos presentados.

El primer paso será la desconstrucción de la forma rígida en la que se ha venido interpretando el Derecho en casos que

responden a la perspectiva de género, porque si no se toma el primer impulso y se decide finalmente acabar con las ideas que responden a construcciones sociales arrastradas de generación en generación, no se podrá advertir el cambio real que el Derecho es capaz de darle al mundo si aplica la perspectiva de género, en tiempo y forma, al momento de sentenciar. Y el segundo será la lucha que los jueces darán contra las relaciones asimétricas de poder y todos los sistemas de desigualdad que determinan, de una forma estereotipada, como debería ser la vida del hombre y de la mujer, más cuando se habla a nivel familiar. Para ello deberán dejar de lado la manera en la que muchas veces se han interpretado los hechos respondiendo a estereotipos discriminatorios.

Si bien no es de carácter reprochable la siguiente consideración, es importante destacar que, para que los jueces comiencen a sentenciar con perspectiva de género, no solo a nivel nacional sino también internacional, deberán aplicar tanto los estándares de Derechos Humanos internacionales, como las consultas pertinentes al marco normativo y jurisprudencia interna, promoviendo siempre la igualdad.

Como también menciona Silvia Esperanza, “los jueces tienen un imperativo legal y supranacional de hacer efectiva la igualdad. No es una moda. No es una corriente ideológica temporal. No es un consejo. No es una aspiración. Es concretar un mandato constitucional”, (2021, s/p).

Final feliz si hay aplicación de perspectiva

De consideración a todo lo expuesto, el honor de la conclusión final...

A pesar de las diferencias que puedan existir entre las distintas corrientes ideológicas que responden a las diversidades actuales, como las formas de vida, los distintos modelos de familia, el derecho a la identidad de género, los roles a seguir, la satisfacción de las necesidades de los hijos, entre otros, entender que la importancia con la que deben ser tratados los casos que responden a la materia de género es urgente, es tener un espíritu de empatía y solidaridad con el futuro. La esencia de este artículo quedó en demostrar que la perspectiva de género pone su enfoque en ayudar a comprender cómo se materializa el género, los roles y patrones estereotipados que provocan las desigualdades en las relaciones sociales que se establecen entre hombres-mujeres, entre mujeres-mujeres, entre hombres-hombres, siendo el espacio primario la familia.

Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.

Referencias

CARBONERO MARTÍN, José-María; MARTÍN ANTÓN, Luis Jorge; ROMÁN SANCHEZ, Miguel Ángel (2009). Tipos de familia y satisfacción de necesidades de los hijos. *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, vol. 2, núm. 1.

ESPERANZA, Silvia (2021). Sentenciar con perspectiva de género. Conferencia virtual

Con su aplicación como herramienta ayudará a revertir y comprender que existen diversas realidades y nunca una será perfecta por sobre la otra, o mejor, o más válida, menos si hablamos de un núcleo familiar.

El primer paso para poder erradicar esto será eliminar las construcciones sociales impuestas por la sociedad y comenzar a tener una visión más amplia y plena, tanto los sujetos individuales, como los jueces u operadores del derecho, que se verán retados a aplicar, luego de la lectura de este artículo, con racionalidad y libre de prejuicios, la perspectiva al momento de sentenciar y así poder encontrar la verdad de los hechos.

Entonces...

¿Por cuánto tiempo más tocará ser testigos de estas construcciones sociales que provocan desigualdades?.

¿Elegimos serlo o elegimos eliminarlas para cambiar la visión del mundo?.

¿Estamos listos para dejar de hablar de familia tipo y comenzar a hablar de tipos de familia?.

Círculo de Estudios Procesales CEP.

https://www.youtube.com/watch?v=UNPVXnNYT_g&t=2293s

FAUR, Eleonor (2008). Eje: Reconocer la perspectiva de Género. P.1.

GARZÓN VALLEJO, Iván (2008). Hart y la configuración del Estado jurisdiccional: una lectura schmittiana. *Díkaion*, vol. 22, núm. 17.

GONZÁLEZ, Luis E., PÉREZ PEDRAZA, Everardo y RABELL GARCÍA, Enrique (2018). Categorías sospechosas y control difuso en la práctica del juzgador de familia.

JELIN, Elizabeth (2020). *Las tramas del tiempo. Familia, género, memorias, derechos y movimientos sociales*. Buenos Aires: Clacso

MASCIOTRA, Mario (2017). Discrecionalidad judicial en Código Civil y Comercial de la Nación. *Jurisprudencia argentina*, nro. especial, fasc. 5

SOLÍS CARRIÓN, Doris (2002). Género y familia: nuevas miradas sociales para nuevas realidades. *Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, núm. 2.

VALDIVIA SÁNCHEZ, Carmen (2008). *La familia: concepto, cambios y nuevos modelos*. La Revue du REDIF, Vol. 1.

La responsabilidad del Estado ante casos de violencia de género

The responsibility of the State in cases of gender violence

Antonio Roberto Barrionuevo¹
abogadoantonioarrionuevo@hotmail.com

Resumen

El constante aumento de la violencia de género en grandes partes del mundo y específicamente en Argentina, ha tenido como objetivo principal la producción de medidas normativas nacionales e internacionales para prevenir este conflicto, y el Estado tiene un deber muy importante ante estos casos, que es condenar dichas formas de violencia. El gran interrogante que se genera es saber cuál es la responsabilidad del Estado al momento de omitir este problema, respuesta que se irá elaborando durante el desarrollo de este artículo, cuyo objetivo general es el estudio de la problemática del fallo "Q., R. B., y otro c/ Provincia de Córdoba – Recurso Directo (rehace)".

Palabras clave: Violencia de género, prevenir, Estado, responsabilidad, medidas normativas.

Abstract

The constant increase in gender violence in large parts of the world and specifically in Argentina, has had as its main objective the production of national and international normative measures to prevent this conflict, and the State has a very important duty in these cases, which is to condemn these forms of violence. The big question is to know what is the responsibility of the State when omitting this problem, an answer that will be elaborated during the development of this article, whose general objective is the study of the problem of the ruling "Q., R. B., and another c / Province of Córdoba - Direct Appeal (remakes)".

Keywords: Gender violence, prevent, State, responsibility, regulatory measures.

¹ Universidad Siglo 21

Introducción

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” establece como deber general y esencial de los Estados Partes la condena de todas las formas de violencia contra la mujer y los obliga a adoptar, por todos los medios conducentes y sin dilaciones temporales, políticas orientadas a la prevención, sanción y erradicación de este flagelo. Asimismo, les impone velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación (art. 7 inc. a).

Es así que la sentencia bajo examen, objeto del presente comentario, es importante, ya que pone de manifiesto una realidad que, lamentablemente, en la actualidad sigue sucediendo: la omisión del actuar del Estado y sus dependientes competentes en casos de violencia de género e intrafamiliar ante reiteradas denuncias y pedidos de ayuda de las víctimas.

Asimismo, es relevante su análisis, pues los sentenciantes del alto tribunal provincial destacan que la lucha contra la violencia familiar y de género requiere que todos los actores sociales, públicos y privados tengan un rol activo. En efecto, el Poder Judicial, desde su lugar y con la gran responsabilidad que conlleva, deberá administrar justicia sentenciando con perspectiva de género en cumplimiento de las responsabilidades internacionales que nuestro país asumió al

suscribir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, 1981), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994) y al sancionar la Ley de Protección Integral de la Mujer N.º 26.485 (B.O 14/4/2009) y la “Ley Micaela” N.º 27.499 (B.O 10/1/2019), de capacitación obligatoria en temas de género y violencia contra las mujeres para funcionarios públicos e integrantes de los Poderes del Estado.

El problema jurídico que presenta el caso es un “problema de determinación de la norma aplicable” o problema jurídico de relevancia. En esta clase de problemática, puede ocurrir, en algunos supuestos, una discrepancia sobre si una determinada norma jurídica es aplicable al caso que se pretende resolver. En efecto, en el caso bajo examen se presenta la situación en que no coinciden los atributos de pertenencia y aplicabilidad de una norma (Moreso y Vilajosana, 2004). Asimismo, existen normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de aplicación obligatoria que no fueron tenidas en cuenta en la resolución de la causa.

En consecuencia, el Tribunal Superior debió resolver la procedencia del recurso directo en contra de la sentencia de Cámara que resolvió que el Estado era responsable civilmente de manera concurrente con el autor de los homicidios de la Sra. M. B. Q. y su hijo en diciembre del año 2000. En él se cuestionó la aplicación normativa de la Ley de

Violencia Familiar (B.O 13/03/2006) que no se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos de la causa. Y ocurrió la discrepancia de que la norma aplicable al caso era el art. 52 del Código de Faltas (B.O 23/4/1980) vigente en ese momento. Por su parte, debe destacarse que se encontraban vigentes al momento del hecho y eran aplicables de manera obligatoria la Convención de Belém do Pará (art. 7, 1994), la ley N.º 24.632 de adhesión de nuestro país a la misma del año 1996 (B.O 9/4/1996) y la ley nacional de protección contra la violencia familiar N.º 24.417 del año 1995 (B.O 3/1/1995), normativas específicas que regían de manera obligatoria para el caso en ese momento histórico. Los padres de la Sra. M. B. Q. demandan por daños y perjuicios a la provincia de Córdoba en virtud del homicidio de esta última y de su pequeño hijo, cometido por el Sr. C, quien era esposo y padre respectivamente de las víctimas, en el marco de violencia familiar y de género. Como causa fundante del reclamo resarcitorio, los actores sostienen que el Estado provincial omitió actuar ante las reiteradas denuncias y pedidos de protección efectuados por la víctima en distintos centros de atención. En cuanto al camino procesal recorrido, la jueza de primera instancia rechazó la demanda aduciendo que no existió un nexo causal adecuado ante el desenlace fatal y la presunta omisión atribuida al Estado, pues el doble homicidio sólo resultaba atribuible al agresor. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación de la

ciudad de Córdoba revocó esa decisión y condenó al Estado Provincial a resarcir el 50% de los daños por considerar que existió, de parte de los organismos públicos intervinientes, una falta de servicio que contribuyó causalmente en la materialización del doble homicidio en el porcentaje indicado. La provincia demandada, por medio del Sr. Procurador del Tesoro, dedujo recurso directo en razón de que la Cámara de Apelaciones le denegó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia antes mencionada. Es así como el caso llega a la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, que en definitiva resolvió rechazar el recurso directo articulado.

Durante el desarrollo de este estudio del caso se utilizaron métodos de investigación descriptivo y cualitativo, para poder llegar a interpretar la problemática de dicho estudio del fallo y la responsabilidad del Estado ante casos de violencia de género.

El Tribunal por unanimidad sostuvo que el recurso de casación fue correctamente denegado por la Cámara, pues el agravio de la aplicación de leyes que no estaban vigentes no podía prosperar, ya que la legislación sustancial en la que se funda la atribución de la responsabilidad al Estado data de fecha anterior a las conductas omisivas que se le enrostran. Sostuvo que el propio fallo cuestionado puso de manifiesto esta circunstancia, pues primero citó el art. 7 de la Convención de Belém do Pará y destacó la

adhesión dispuesta por nuestro país mediante la Ley N.º 24.632 del año 1996. De este cuerpo legal extrajo que el Estado condena en forma expresa todas las formas de violencia contra la mujer, y se compromete a adoptar sin dilaciones políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia; y de esa premisa normativa infirió la responsabilidad del Estado en la hipótesis que no cumpla ese deber, al que denominó “deber de diligencia reforzado” en función de lo dispuesto por el nombrado art. 7.

Por su parte, aclaró que el sistema estatal ante la presencia de posibles casos de violencia familiar se encontraba, aún antes de la sanción de las leyes específicas sobre la materia (Ley Provincial N.º 9283/2006), obligado a actuar procurando erradicarlos, todo a los fines de prevenir de este modo consecuencias fatales como la acaecida en los presentes. Igualmente resulta improcedente la censura que acusa la omisión de subsumir el caso en las normas del Código de Faltas. Las actuaciones contravencionales tramitadas con motivo de la presunta infracción al art. 52 del Código de Faltas fueron expresamente valoradas en la sentencia atacada junto con las restantes denuncias presentadas ante los organismos jurisdiccionales, pero de ello no deriva que la responsabilidad del Estado pueda ser decidida a la luz de tales preceptos. En cualquier caso, la crítica constituye un nuevo intento de que este Tribunal Superior revise la tarea de subsumir el hecho en el derecho sustan-

cial que se juzgó aplicable; actividad que resulta incompatible con el motivo formal de casación escogido por el impugnante.

Ahora bien, aunque el sistema jurídico sirva como una herramienta para reencauzar estas conductas humanas indeseadas y transformar esta dramática realidad, lo cierto es que las leyes solas no bastan. Se requiere del rol activo de todos los operadores jurídicos y de la sociedad en su conjunto. En ese sentido, el Poder Judicial tiene la enorme responsabilidad de administrar justicia con perspectiva de género. Es un compromiso que hemos asumido desde que suscribimos y adherimos a las normas supranacionales.

Así que en el siglo pasado se gestaron las convenciones y tratados supranacionales destinados a regular, con mirada de derechos humanos, las pautas de conducta que se desarrollan generalmente en el ámbito del hogar como manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Fue así que primero se dictó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dictada por la ONU, a la que luego se sumó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (denominada Convención de Belém do Pará) de la OEA, y otras posteriores de similar tenor; normativa que poco a poco fue replicándose y reglamentándose en el ámbito del derecho interno de cada país a nivel nacional, y también en las distintas provincias en el marco de sus

propias competencias.

Del marco normativo de los derechos humanos protectorios de los derechos de las mujeres y de las leyes de protección integral de la mujer surge la obligación estatal de prevención, sanción y erradicación de las violencias contra la mujer. Puntalmente, los Estados Partes de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” condenan toda forma de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, investigar, sancionar, reparar y erradicar dicha violencia. Esta obligación es mucho más amplia y obliga al Estado a que brinde eficiente seguridad a las mujeres que son víctimas de violencias de género e intrafamiliar. Por lo cual, lo coloca como obligado a responder por los daños y perjuicios producidos por los femicidios cuando estos se hayan producido, de alguna manera, por la omisión culposa del deber estatal de garantía y que guarde relación de causalidad adecuada con el daño (Medina, 2017).

Medina (2017) destaca la preocupación que desata esta problemática pues en los estrados judiciales se están dictando, en aumento, sentencias condenatorias en contra del Estado que, por la omisión o el obrar negligente de los órganos de seguridad, deberá indemnizar a las víctimas del femicidio. Su fundamentación radica en que las víctimas buscaron auxilio y amparo donde debían y encontraron la muerte, que pudo evitarse, en razón de la

inacción de aquellos que debían protegerlas.

Es así que cuando la responsabilidad del Estado se encuentra en juego en razón de los hechos enunciados, se analiza la especificidad de esta por los daños causados en virtud del incumplimiento de sus deberes, como así también la reacción de las fuerzas públicas de seguridad que no asumen su deber de reparar y que por su no accionar la realidad se ha cobrado otra vida (Bellotti San Martín, 2018).

A nivel jurisprudencial, es importante traer al análisis un caso que fue contemporáneo al aquí analizado. En el año 2012, la Corte de Justicia de la Provincia de Salta en el caso “M., J. A.” condenó al Estado provincial a que indemnizara a la hija de una víctima de femicidio por los daños materiales y morales producto de la omisión del deber estatal de hacer cumplir las medidas que prevé la ley de violencia familiar por parte de un agente policial que no dio intervención al asesor de menores e incapaces, teniendo la obligación de hacerlo. Ese actuar impidió la adopción de medidas que pudieron haber contribuido en la disminución del riesgo, cierto y latente, al que estaba expuesta la mujer y que surgía con claridad de las denuncias formuladas por ella. La Corte entendió que el actuar del policía hizo nacer la responsabilidad extracontractual del Estado provincial por falta de servicio pues su omisión de actuar al no cumplir con la Ley de Violencia Familiar provincial allanó el camino al victimario para terminar con

la vida de la mujer (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2012, M., J. A., s/ rec. de casación, Expte. N.º CJS35.049/11).

Nueve años después, en el caso “F. R. A.” el mismo tribunal condenó al Estado provincial a indemnizar a la hija de la víctima de femicidio y violencia familiar por los daños y perjuicios causados por la muerte de su madre, en virtud de la negligencia de los agentes policiales que actuaron en forma inefectiva, ineficiente y descuidada ante la denuncia de violencia familiar realizada por la víctima. La Corte salteña sostuvo que estos vulneraron el mandato expreso de protección impuesto al Estado por los instrumentos internacionales de derechos humanos que establecen obligaciones frente a las víctimas de este tipo de violencia, que requieren de una especial, cuidada y efectiva protección (Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2021, F. R. A. y en representación de su hijo menor N. I. I. y otros c/ Provincia de Salta s/ recurso de apelación).

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sentenció que el Estado nacional era responsable por la deficiente prestación del servicio de protección, pues al momento del hecho estaba acompañada de personal policial. Asimismo, entendió que para poder imputar responsabilidad al Estado por la falta de cumplimiento de deberes de protección de una víctima de violencia de género se requiere que el riesgo sea, por sus características, evitable, y que el Estado esté en condiciones de adoptar

medidas capaces de paliar la situación y evitar la materialización del riesgo. Ello en virtud de que el grado de contribución estatal a la existencia o persistencia del riesgo es un factor decisivo para evaluar los requisitos de evitabilidad y previsibilidad del daño en una situación determinada, siempre partiendo de un deber de diligencia reforzado en función del art. 7 de la Convención de Belém do Pará (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 2017, A., R. H. y Otra c. E.N. M Seguridad – P.F.A. y Otros s/daños y perjuicios).

Conclusiones

Tal como se expresó al inicio del presente comentario, nos encontramos ante la existencia de un problema jurídico de relevancia o problema de determinación de la norma aplicable. El Máximo Tribunal provincial debió resolver la procedencia del recurso directo en el que se cuestionó la aplicación normativa en la resolución del caso de la Ley de Violencia Familiar por parte de la Cámara, ya que esta no se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos de violencia y homicidios (año 2000). Asimismo, ocurrió la discrepancia de que la norma aplicable al caso era el art. 52 del Código de Faltas que sí se encontraba vigente en ese momento.

En este punto del comentario debemos expresar que, con acierto, el cintero tribunal rechaza el recurso confirmando, de esta manera, la atribución de la corres-

ponsabilidad del Estado (en un 50 %) por omisión tras la ausencia de la prestación del servicio de seguridad a las víctimas de violencia. En el análisis normativo de la situación, debemos partir del encuadre jurídico de los hechos que caen en la órbita de la violencia familiar o doméstica. La víctima atravesó, antes de su trágico deceso, graves episodios de violencia impuestos por su cónyuge, por lo que se dirigió en reiteradas oportunidades a las dependencias de seguridad correspondientes en busca de protección, denunciando a su agresor. La policía no actuó ante los requerimientos, situación que terminó con dos muertes: la de la mujer y su hijo.

En consecuencia, y si bien al momento de la comisión del hecho en la provincia no se había sancionado la ley de violencia familiar, que recién apareció en la escena en el año 2006 con el dictado de la norma N° 9283, no debe olvidarse que nuestra Constitución Nacional reconoce a las mujeres como un grupo de especial protección mediante la toma de medidas de acción positiva.

Asimismo, sí se encontraba vigente la Convención de Belém do Pará (1994) y la ley N.º 24.632 de adhesión de nuestro país a esta, del año 1996, que eran las normativas idóneas aplicables al caso. La Convención en su preámbulo afirma que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Por su parte, entiende por violencia contra la mujer cualquier conducta que, basada en su género, pueda causar su muerte,

daños o cualquier clase de sufrimientos, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1). En su art. 2. a) dispone que la violencia contra la mujer incluye tanto la violencia física, sexual y psicológica “que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica”. Asimismo, dentro de los deberes que le impone a los Estados aparece el deber de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” (art. 7 inc. b).

También se encontraba en vigor la ley de protección contra la violencia familiar nacional (1995). La norma establece la facultad de denunciar ante el juez de familia a toda persona que sufra actos de violencia por parte de algún integrante del grupo familiar y dispone el procedimiento a seguir.

Ahora bien, el Código de Faltas también se encontraba vigente, pero el hecho no se reducía a una contravención. Si bien se probó en la causa que el agresor había sido arrestado, por infringir su art. 52, al encontrarse en las inmediaciones del domicilio de la mujer y que se dictó su absolución por que esta no se presentó a declarar. Sin embargo, también fueron probadas las diversas denuncias deducidas por ella y la desincronización del actuar policial en el caso. Es decir, esta norma fue aplicable al caso cuando la mujer y su hijo se encontraban con vida, pero, ante el fracaso del sistema, no era suficiente para determinar la responsabilidad por las muertes.

Sabemos de la obligación que tienen los tribunales de fallar, pues no pueden

excusarse en el silencio u obscuridad de la ley, por lo cual es acertado que en la resolución de la causa se haya aplicado la Convención de Belém do Pará ante el no actuar del Estado en cabeza de los miembros de la policía que se constituyó como un elemento facilitador fundamental del femicidio cometido violando su art. 7°. Como así también, en contra del reconocimiento del derecho humano de las mujeres a vivir una vida sin violencia.

Incluso, sostenemos, que la resolución de la causa mediante la aplicación de la Convención de Belém do Pará hubiera sido correcta si nuestro país no hubiera adherido a ella, pues lo que los tribunales buscaron fue reparar lo que lamentablemente no se pudo prevenir y que a nivel convencional ya estaba impuesto desde hace años: el derecho humano de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Es así que vivimos en una sociedad machista donde es imperioso, necesario e imprescindible repensar las instituciones administrativas de seguridad con una mirada de género para que funcionen como una herramienta efectiva en la prevención y detención a tiempo de la violencia y los delitos de género. Mientras existan “fallas estructurales en el sistema” se debe hacer lugar a las indemnizaciones por las faltas de servicio de los agentes de fuerzas armadas o fuerzas de seguridad que con su no actuar favorecen que mujeres mueran asesinadas y que, por ende, comprometen la responsabilidad del Estado argentino debiendo pagar las indemnizaciones que el Poder Judicial determine como

reparación a sus víctimas.

Hemos analizado los aspectos procesales y sustanciales del fallo “Q., R. B., y otro c/ Provincia de Córdoba” dictado por el Superior Tribunal provincial a la luz del problema jurídico de relevancia detectado, en virtud del cual este debió resolver cuál era la normativa aplicable en la resolución del caso, debido a que se cuestionó, mediante el recurso interpuesto, la aplicación por parte del tribunal a quo de la Ley de Violencia Familiar (B.O 13/03/2006) que no se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos de la causa, alegándose que la norma aplicable era el art. 52 del Código de Faltas (B.O 23/4/1980) vigente en ese momento. En consecuencia, fueron analizados, asimismo, el decisorio y los argumentos brindados por los magistrados en la ratio decidendi de la sentencia para, posteriormente, detenernos en la recolección de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales relacionados a la materia en estudio.

Es así como llegamos a compartir la decisión de los sentenciantes al rechazar el recurso impuesto y confirmar que el Estado provincial era corresponsable de la muerte de la mujer y de su hijo en virtud de la omisión de la prestación de servicio de seguridad a la víctima de violencia que había denunciado a su victimario en reiteradas oportunidades. Conclusión arribada por la aplicación del art. 7° la Convención de Belém do Pará (1994), la ley N.º 24.632 de adhesión de nuestro país a la misma del año 1996 (B.O 9/4/1996) y la ley nacional de protección

contra la violencia familiar N.º 24.417 del año 1995 (B.O 3/1/1995).

El presente fallo ha impartido justicia y ha dejado en claro el compromiso asumido por nuestro país en la adopción progresiva de normativas que tienden a prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres. Los jueces, mediante esta, dejaron sentada la manda y su compromiso en relación a que juzgar

con perspectiva de género es el camino que permitirá lograr que las normas jurídicas se concreten en sentencias que hagan justicia a las víctimas que han padecido, de un modo u otro, este flagelo. Este es el aporte que el Poder Judicial debe hacer desde el lugar que le toca en la lucha por construir una sociedad libre de violencias. ■

Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.

Referencias

Doctrina

Bellotti San Martín, L. (2018). Responsabilidad del Estado por femicidio causado con arma policial reglamentaria fuera del tiempo de servicio (abril, 2022).

Recuperado de la base de datos Información Legal Online.

Medina, G. (2017). La responsabilidad del Estado por femicidio. Responsabilidad por omisión (mayo, 2022). Recuperado de la base de datos Información Legal Online.

Moreso J. J. y Vilajosana J. M. (2004). Introducción a la Teoría del Derecho. Madrid: Marcial Pons

Legislación nacional

Código de Faltas de la Provincia de Córdoba [CFCBA]. Ley 6.392 de 1980. 23 de abril de 1980 (Córdoba).

Constitución de la Nación Argentina [Constitución]. Fecha 23 de agosto de 1994. B.O 1994.

Ley 9.283 de 2006. De violencia familiar. Fecha 13 de marzo de 2006 B.O N.º 9.283.

Ley 24.417 de 1995. De protección contra la violencia familiar. Fecha 3 de enero de 1995 B.O N.º 24.417.

Ley 24.632 de 1996. Apruébase la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer – “Convención de Belém do Pará”. Fecha 9 de abril de 1996 B.O N.º 24.632.

Jurisprudencia nacional

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 2017, A., R. H. y Otra c. E.N. M Seguridad – P.F.A. y Otros s/ daños y perjuicios.

Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2021, F. R. A. y en representación de su hijo menor N. I. I. y otros c/ Provincia de Salta s/ recurso de apelación.

Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 2012, M., J. A., s/ rec. de casación, Expte. N.º CJS 35.049/11.

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, “Q., R. B., y otro c/ Provincia de Córdoba – Recurso Directo (rehace) – Expte. N.º XXX” del 9 de junio de 2020. Recuperado de:

<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verDoc.html?idJuri=4771>

Colisión de derechos: educación y huelga en la República Argentina

Rights Collision: Education and Strike in The Argentine Republic

Sabrina Giselle Chemelli¹
sabinagchemelli@gmail.com

Resumen

El Presente artículo hace referencia a la colisión de derechos que existe entre el derecho a huelga y el derecho a la educación en la República Argentina, haciendo hincapié en las huelgas del personal docente prolongadas, que ponen en riesgo al normal acceso a la educación. Se hace una lectura crítica de los principales aportes normativos, doctrinales y jurisprudenciales para el abordaje de este trabajo. También, como fueron evolucionando los derechos a lo largo del tiempo hasta llegar a su consagración constitucional, los aportes doctrinarios y antecedentes jurisprudenciales. Finalizaré con la tensión entre ambos derechos, con alguna solución posible para que ambos puedan ser gozados sin perjudicar uno al otro.

Palabras clave: Derecho a la huelga; Derecho a la educación.

Abstract

This paper refers to the collision of rights that exists between the right to strike and the right to education in the Argentine Republic, with emphasis on prolonged teachers' strikes, which jeopardize normal access to education. A critical reading of the main normative, doctrinal and jurisprudential contributions is made for the approach of this work. Also, how the rights evolved over time until their constitutional consecration, doctrinal contributions and jurisprudential precedents. I will end with the tension between both rights, with some possible solution so that both rights can be enjoyed without harming each other.

¹Universidad Siglo 21

Keywords: Right to strike; Right to education.

Introducción

A partir de la problemática que nace de la controversia entre el derecho a la educación y el derecho a huelga, con especial referencia a esta última, que pone en riesgo el acceso a una buena calidad educativa. Compartiendo la misma raigambre constitucional, ambos derechos se han visto reforzados, a lo largo del tiempo, por la inclusión de diversos tratados internacionales, como el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 8 garantiza el derecho a huelga, y en el 13 el derecho a la educación.

La principal fuente a analizar es la Constitución Nacional Argentina, en donde se encuentran plasmados todos los derechos que tenemos garantizados todos los ciudadanos de la Nación. Se mencionarán además las legislaciones con más relevancia que fueron regulando la temática abordada, así podremos observar cómo fue avanzando a lo largo del tiempo la normativa, para poder luego analizar la legislación vigente. Para comenzar definiremos ambos derechos: Derecho de huelga: la huelga no se consideró siempre como un derecho, no ha gozado siempre de la misma regulación. Como se podrá ver en los antecedentes legislativos, incluso llegó a ser considerada un delito. Se ha ocupado de definir el concepto Ekmedjian (2002) sosteniendo

que la huelga es “el cese de tareas concertado colectivamente por los trabajadores, con el objeto de presionar a sus empleadores para obtener mejoras laborales o gremiales” (p. 207). En cuanto a la finalidad, el autor menciona que el cese de actividades se hace para presionar a los empleadores, dejando abierta la posibilidad de innumerables causas que sirvan para mejorar las condiciones laborales, corriendo el riesgo de que este derecho sea utilizado de manera irregular.

En cuanto a su evolución legislativa, tiene comienzo tiempo después al derecho a la educación. No estuvo consagrada constitucionalmente en los textos de 1853-1860 ni por el de 1949. Ante lo expuesto, una definición al derecho de huelga podría plantearse como “la facultad que posee un trabajador de cesar temporalmente sus actividades cuando se encuentre en un conflicto laboral y no exista otro medio para reclamar ese injusto laboral”.

Derecho a la educación: el derecho a la educación es definido de diferentes maneras por la UNESCO (2005) siendo todas complementarias entre sí; expresa que “La educación es el medio principal para que toda persona, niño/a y adulto/a pueda desarrollar sus capacidades, habilidades y participar activamente en la sociedad (p. 4)”. Se puede observar que presenta a la educación como una herramienta esencial para el desarrollo de las

personas. Este derecho importante se visualiza en el campo de los Derechos Humanos, porque es además considerado como un medio factible para salir de la pobreza, para dignificarse.

Antecedentes legislativos de ambos derechos

Derecho de Huelga

Desde 1957 el derecho a huelga sufrió varias reglamentaciones, ninguna de ellas ha tenido permanencia por un tiempo prolongado. Puede nombrarse el Decreto - Ley 10.596/57, que determina en su artículo 8 los requisitos que una huelga debía cumplir para ser considerada lícita.

Este decreto se derogó en 1958. En 1958 es sancionada la Ley 14.786, como corolario de la aplicación del artículo 14 bis a la Constitución Nacional y como recomendación de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1951. Pritz (2004) indica que esta normativa se limitaba a los conflictos de intereses. Establecía así, en su artículo 2, que cuando un conflicto laboral existía, las partes debían, primeramente, notificar esta situación a la autoridad administrativa. No podían tomar medidas de acción directa sin someterse antes a conciliación obligatoria.

En el año 1960, nuestro país sufre un gran cambio, porque a través de la Ley 14.932 Argentina se incorpora al sistema internacional, ya que ratifica el Convenio N.º 87 sobre libertad sindical de la

Organización Internacional del Trabajo. A partir de ese momento todas las recomendaciones de dicho Comité se convierten en parte de nuestro derecho interno.

En 1962, el Decreto Ley 8946/62 ordena el arbitraje obligatorio como requisito ineludible en todos aquellos conflictos que pudieran afectar los servicios públicos y consagró en su artículo 15 los supuestos en que las huelgas, ya sean obreras como patronales, eran consideradas ilegales. Como indica Pritz (2004) además, este decreto se caracterizó por presentar un listado con servicios públicos considerados esenciales.

En 1973-1976, durante el gobierno democrático, se sancionó la Ley 20.368 que indicó nuevamente la obligatoriedad del arbitraje en todo conflicto laboral. El 24 de marzo de 1976 el gobierno militar impuesto dictó la Ley 21.261 que suspendió el derecho a huelga, paro o interrupción de toda actividad laboral en todo nuestro país. Seis meses más tarde, en septiembre, se sancionó la Ley 21.400, por el mismo gobierno, que tipificó la instigación a la huelga como un delito.

En 1974 se crea la Ley 20.680. Esta ley de abastecimiento, que se encuentra actualmente vigente, coincide con doctrinarios como Geraghty Fleming (1986) y Pritz (2004) que es un importante antecedente, específicamente para el desarrollo del presente trabajo. Dicha normativa establece un listado de servicios enunciativos en los cuales no puede dejar de prestarse el servicio, dejando abierta la posibilidad de aplicación de la misma a

cualquier servicio o prestación que se considere necesaria para la población.

Derecho a la Educación

La ley Nacional 1.420 de 1884, sancionada bajo el gobierno de Roca, se aplicaba en el territorio de la Capital Federal y en territorios nacionales. Cabe recordar que, en esa época, los territorios nacionales eran porciones extensas del país, aunque no completamente pobladas, Mas allá de la vigencia territorial, la norma tuvo también una fuerte influencia ideológica puesto que las provincias siguieron el ejemplo de esta, adecuando sus sistemas educativos a la laicidad y obligatoriedad de la educación básica (Finnegan y Pagano). Esta Ley aseguraba el acceso de todos los niños a la educación primaria con contenidos mínimos fijados por ley (artículo 6), la formación de los docentes, y se estipulaba también la forma de financiación del sistema educativo.

En relación con el control, se garantizó el estatal mediante un sistema de supervisión periódica y, además, la posibilidad de los padres de constatar condiciones de higiene y cumplimiento de los planes de estudio mediante la participación en concejos escolares. Recaía sobre la responsabilidad de los padres, tutores o encargados de los menores entre 6 y 14 años la obligatoriedad escolar (artículo 1). El texto de la ley Láinez, N.º 4.874, posibilitaba en el territorio de las provincias la instalación de escuelas primarias por parte del gobierno nacional, siempre que la provincia lo solicitase.

Incluía también una norma de equidad territorial donde debía priorizarse la instalación en aquellas provincias en las que hubiese mayor número de analfabetos. Es importante destacar que las escuelas que nacieron gracias a esta ley fueron transferidas a las provincias en el marco del programa neoliberal de la década de 1990.

Legislativamente hablando, este periodo tuvo nacimiento con la Ley de reforma del Estado (Ley 23.696) aunque fue la Ley 24.049 la que facultó al Poder Ejecutivo Nacional a realizar las transferencias, las que debían darse mediante convenios con las provincias y con la Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.

Conclusión/Solución posible

Para concluir sería importante traer a colación una hipótesis que se planteó en la introducción del presente: La actual legislación respecto al ejercicio del derecho a huelga es insuficiente y debería contar con más elementos de regulación, para que el ejercicio abusivo del mismo no afecte el derecho a la educación de niños y adolescentes. Dicho esto, es imperioso realizar una sistematización de la legislación vigente que nos permita realizar aportes con el fin de reglamentar el derecho a huelga para que el ejercicio prolongado de este derecho no perjudique el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes.

El derecho a huelga reconoce a los gremios como titular natural y debe ser ejercido para fines específicamente

establecidos. Ha tenido una gran evolución en la recepción normativa ya que primero se lo consideró delito, prohibiéndolo; luego se aceptó y finalmente fue reconocido como derecho.

Para este derecho es muy importante calificar, a los fines de sus efectos, la calificación de esta medida de fuerza como legítima o ilegítima. Debe tenerse en cuenta para ello que la huelga responde a un incumplimiento por parte de la parte empleadora. Resulta también primordial recordar que, aunque este derecho este protegido por Instrumentos Internacionales, el ejercicio del derecho a huelga queda condicionado a las normas que lo reglamenten.

Actualmente, el derecho a huelga sufre limitaciones, como la conciliación obligatoria previa (Ley 14.786) y el servicio mínimo interrumpido en el caso de servicios públicos (Ley 25.877). La huelga permite entonces su reglamentación sin que pueda afirmarse que se desconoce el derecho a la misma. El derecho a la educación constituye uno de los pilares para el desarrollo de la democracia en un país.

El Estado Nacional se ha comprometido adoptar las medidas necesarias para que los menores de edad asistan a clases de manera regular y así disminuir los niveles de deserción escolar. Una o más huelgas prolongadas en el tiempo ponen en riesgo el normal dictado de toda la curricular de un año lectivo. El derecho a la educación no se garantiza solamente con el acceso gratuito y equitativo al sistema educativo, sino también con el dictado del ciclo lectivo completo. Por

ello decimos que no se trata solamente del acceso a la educación en sí, si no que sea el acceso a la educación de mejor calidad posible.

Como posibles soluciones a este conflicto se prevén algunas medidas con el objetivo de reglamentar el derecho a huelga. Legislar en primera medida sobre la huelga del personal docente que presta servicios en comedores y del personal encargado de la limpieza y mantenimiento de los establecimientos para que tengan una guardia mínima. En tanto a los docentes que prestan sus actividades en el aula, sería correcto elaborar un plan de guardias mediante un listado de docentes que no estén inmersos en el conflicto laboral (docentes suplentes, practicantes en formación), para que presten una guardia mínima con el fin de recurrir a ellos cada vez que sea inminente un proceso de huelga y evitar que el ejercicio de esta ponga en riesgo el cumplimiento regular del calendario escolar. Se propone, finalmente, el dictado de una ley que prohíba o reglamente todo lo referido a los pagos de los días de huelga. Por ninguna norma está reconocido como derecho que dichos jornales deban ser abonados, aunque una parte de la doctrina considere que deba ser así cuando el ejercicio de huelga se realice como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales de la patronal.

Lo que se propone es que por Ley se prohíba que el pago de los días de huelga se pueda negociar, o que se fije un tope para la negociación de dicho pago. De esta

manera, si se reglamenta, se le hace saber al docente de manera anticipada el coste que tendrá para la parte que decida adherir a la huelga. No se está vetando el derecho a reclamar por un salario o

condiciones justas de trabajo, de esa manera quizás se puede disminuir el uso abusivo de este derecho, con el fin de no seguir perjudicando el ejercicio natural del derecho a ser educado. ■

Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.

Bibliografía

Constitución de la Nación Argentina (reformada en el año 1994).

Ekmedjian, M. A. (2002). Derecho a huelga, s/d.

Ley Nacional 1.420 de 1884.

Naciones Unidas (1966). Ratificado por Ley Nacional 23.313.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Organización de

Pritz, O. (2004). Huelga en la función pública, servicios públicos, y actividades esenciales. Mendoza: Dike.

UNESCO (2005). Derecho a la Educación.

La procedencia del agravante del femicidio

Un análisis de lo sostenido por el TSJ de Córdoba

Fallo: "LIZARRALDE, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa -Recurso de Casación-" de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ) de fecha 9 de marzo de 2017.

The origin of the aggravating factor of femicide

An analysis of what was held by the Supreme Court of Córdoba

Judgment: "LIZARRALDE, Gonzalo Martín (Possible alleged perpetrator) qualified homicide and qualified homicide in degree of attempt - resource of cassation -of the Criminal Chamber of the Superior Court of Justice of Córdoba dated March 9, 2017.

Lucas Joaquín Piva¹
mail@gmail.com

Resumen

A partir de una relación poco duradera entre Acosta y Lizarralde, se produce el nacimiento de M.L. A consecuencia, el hombre se muestra reticente a afrontar su responsabilidad paterno filial, evidenciándose violencia económica y psicológica. Luego de una intervención judicial, se obliga a Lizarralde a asumir la patria potestad. Como resultado de la interferencia que significaban ambas mujeres en sus planes futuros con su novia, cursando un embarazo, familia y amigos, decide quitarles la vida a ambas mujeres, resultando la menor con vida, por causas exógenas a la voluntad del homicida.

Como consecuencia del Asesinato, el TSJ, a través de un fallo trascendental del año 2017, amplía las bases de interpretación sobre cómo emplear el agravante del femicidio, determinando que considerar la caracterización de la víctima como una mujer vulnerable y rebajada a la calidad de objeto es una manera estereotipada de abordar el fenómeno estructural de violencia contra las mujeres, sosteniendo que el elemento sustancial del homicidio que desenlazara en los acontecimientos posteriores fue el embarazo cursado, demostrando un desprecio por la víctima. De este modo, el máximo Tribunal de Córdoba,

¹Universidad Siglo 21

tendió a cimentar bases sólidas que protejan los Derechos de la mujer.

Palabras clave: Femicidio, Estereotipo, Asimetría, Género, Violencia.

Abstract

From a short-lived relationship between Acosta and Lizarralde, the birth of M.L. is produced. As a result, the man is reluctant to face his parental responsibility, evidencing economic and psychological violence. Thus, after a judicial intervention, Lizarralde is forced to assume parental authority. As a result of the interference that both women meant in his future plans with his girlfriend - pregnant -, family and friends, he decides to take the lives of both women, resulting in the youngest alive, for causes exogenous to the will of murder.

As a consequence of the Assassination, the Superior Court of Justice Through a transcendental ruling of 2017, it expands the bases of interpretation on how to use the aggravating factor of femicide determining that consider the characterization of the victim as a vulnerable woman and reduced to the quality of an object it is a stereotypical way of approaching the structural phenomenon of violence against women, arguing that the substantial element of homicide that unleashed in the subsequent events was the pregnancy taken, demonstrating a contempt for the victim. In this way, the highest Court of Córdoba tended to lay solid foundations for protecting women's rights.

Keywords: Femicide, Stereotype, Asymmetry, Gender, Violence.

Sumario:

I. Introducción nota a fallo – II. Aspectos Procesales: a) Premisa Fáctica. b) Historia Procesal. c) Decisión del Tribunal. – III. Ratio Decidendi. – IV. Antecedentes Doctrinarios y Jurisprudenciales. – V. Posición del autor – VI. Conclusión Final - Referencias Bibliográficas.

1. Introducción nota a fallo

La presente nota a fallo versará sobre los autos “LIZARRALDE, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa -Recurso

de Casación” de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante, TSJ) con fecha 9 de marzo de 2017. El fallo se encuentra firme y resuelve la imputación del femicidio de Lizarralde perpetrado a Paola Acosta. Esta resolución sienta las bases de interpretación sobre cómo emplear el agravante del femicidio, el cual había sido rechazado en primera instancia por la Cámara 11.a del Crimen. En consecuencia, se brinda a los Tribunales de la Provincia de Córdoba los lineamientos intrínsecos a la hora de interpretar el femicidio, de allí la trascendencia de su análisis.

Estamos frente a un problema jurídico de relevancia, ya que recaen dudas acerca la aplicación de la figura del femicidio en el delito imputado, toda vez que el Tribunal de primera instancia no aplicó el agravante en mérito de que la relación entre Paola Acosta y Gonzalo Lizarralde había sido “eventual”. Veremos, sin embargo, que el homicidio se perpetró en un contexto de violencia a consecuencia de los hechos llevados adelante por Lizarralde por motivos de género.

2. La plataforma fáctica, la historia procesal y resolución del Tribunal

2.1 La plataforma fáctica

El contacto entre Acosta y Lizarralde nace en el año 2011, fecha en que habían mantenido una relación sentimental, que dio como resultado el embarazo de su hija Martina. El hecho ocurre en la ciudad de Córdoba, un 17 de septiembre de 2014, cuando Paola Acosta (36) y su hija Martina de un año y nueve meses, desaparecen de su casa ubicada en Barrio San Martín. Conforme la investigación, Acosta había salido de su domicilio con su hija en brazos, luego de recibir un mensaje de texto enviado por Gonzalo Lizarralde, padre biológico de la menor, donde manifestaba su intención de entregar el dinero de la cuota alimentaria y unos regalos para la niña. Así las cosas, y siendo aproximadamente a las 22:30 h, el encartado obliga a subir a su vehículo a Paola y Martina.

Una vez arriba de su camioneta,

Lizarralde empuña un arma blanca y comienza a efectuar diversas puñaladas contra ambas dirigidas principalmente al cuello, con claras intenciones de producir el deceso de cada una de ellas. Como consecuencia del violento ataque sufrido y las heridas cortantes en el cuello, Paola fallece, en tanto la menor recibe graves heridas que, por causas exógenas a la voluntad del incoado, no produjeron su asesinato. Lizarralde, al creer que había finalizado su cometido, decide conducir su vehículo hasta calle Zipoli e Igualdad de Barrio Alberdi de la ciudad de Córdoba, lugar elegido previamente para arrojar a ambas a una alcantarilla.

El día veintiuno de septiembre fueron halladas luego de estar casi ochenta horas dentro del desagüe, presentando la menor un estado de hipotermia y una fractura en el fémur que derivó en una internación por un periodo de cuarenta días para su recuperación.

2.2 Historia procesal

El caso ingresó en la Fiscalía de Instrucción distrito tres, turno tres, en donde se consideró que había méritos y grado de probabilidad suficiente para imputar a Gonzalo Lizarralde por los hechos acaecidos.

Por su parte, el juicio fue llevado adelante por la Cámara 11.a, integrado por el tribunal y jurados populares, quienes declararon por unanimidad a Gonzalo Lizarralde autor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado por

alevosía (art. 45, 80 inc. 2.º, 2.º supuesto del C.P.), en contra de Paola Acosta; y Homicidio calificado por el vínculo y por alevosía, en grado de tentativa (arts. 45 y 42 art. 80 inc. 1.º y 2.º supuestos, e inc. 2.º, 2.º supuestos del C.P.) en contra de su hija Martina, todo en concurso real (art. 55 del C.P.), imponiéndose para su tratamiento penitenciario la prisión perpetua, accesoria legal y costas (art. 5, 9, 12, 40, 41, y 29 inc. 3.º C.P., 550 y 551 del C.P.P.).

Emitida la resolución de la Cámara, se presenta el querellante particular e interpone un recurso de casación contra la sentencia (N.º 46 22/10/15) de la Cámara en lo Criminal y Correccional N.º 11. En ella, se invocan motivos formales (valoración selectiva, fragmentaria y omisión del material probatorio) y sustanciales (omite considerar elementos que demuestran el desprecio profundo que el asesino sentía contra las víctimas mujeres).

En consecuencia, la Sala Penal del TSJ de la Provincia de Córdoba no modificó el peso punitivo, pero entendió que los hechos perpetrados contra Acosta fueron desarrollados en un contexto de desigualdad y un desprecio al vínculo que había contraído con la víctima.

2.3. La resolución del TSJ

En efecto, el TSJ decidió hacer lugar al recurso presentado por la querrela, y modificar la calificación legal atribuida a Gonzalo Lizarralde, respondiendo como autor de los delitos de homicidio calificado cometido con alevosía y mediando

violencia de género (art. 45, 80 inc. 2.º, 2.º supuesto y 11 del código penal) en contra de Paola Soledad Acosta y Homicidio Calificado por el vínculo y cometido con alevosía, en grado de tentativa (art. 45 y 42, art. 80 inc. 1.º y 2.º supuesto, e inc. 2.º, 2.º supuesto del Código Penal), en contra de su hija Martina, todo en concurso Real (art. 55 del Código Penal).

3. La ratio decidendi

La Sala Penal del TSJ ofreció diversos argumentos para el arribo a la resolución judicial. Mencionó el alcance de la normativa nacional e internacional a todas las mujeres, independientemente de sus condiciones personales, sociales o culturales. Entendió que la caracterización de la víctima como una mujer vulnerable, asimilable a una persona débil de carácter, que es rebajada a la calidad de objeto, es una manera estereotipada de abordar el fenómeno estructural de violencia contra las mujeres. Asimismo, la existencia de una relación informal, poco duradera y no fluida no condiciona la existencia de actos que atenten contra la mujer. En este caso, el vínculo que mantuvieron Acosta con Lizarralde, no se constituyó en un elemento sustancial como causa del homicidio, sino que fue el embarazo lo que desenlazara en los acontecimientos posteriores, demostrando un desprecio por la víctima.

Excluir del análisis todo lo acaecido hasta el reconocimiento judicial de paternidad, implica ocultar los hechos fácticos que intensificaron la desigualdad en la que

vivía la damnificada, sobre la que recayó la responsabilidad parental de manera exclusiva desde la concepción, hasta su reconocimiento un año y medio después de producido el nacimiento de Martina Lizarralde. Así, el imputado demostró, mediante sus dichos y actitudes, una falta total de empatía hacia el estado de gravidez que se encontraba cursando Acosta. Según sus propios dichos, conocía que existía una posibilidad de ser el padre de Martina, sugiriendo en más de una ocasión un aborto. Que ante la negativa de realizar esta práctica, y durante cursando el embarazo, el imputado exige a la madre una prueba de ADN, examen que negó a realizarse en mérito de los riesgos de pérdida.

La escalada de violencia en esta relación se manifestó conforme a los sucesos, atento a las dificultades que le significaban a Lizarralde mantener a ambas mujeres ocultas frente a su novia, quien se encontraba cursando un embarazo de siete meses, familia y amigos. Esto, fue un factor dirimente en la determinación de su accionar delictivo.

El tribunal concluyó que el conflicto entre ambos devino del embarazo. El nacimiento de su hija Martina, a quien mantenía oculta de su círculo social, y la insistencia de Acosta en el cumplimiento de su rol de padre, se constituyó en un obstáculo en los planes a futuro de Lizarralde, elementos que desencadenaron en la idea de darle muerte a la mujer y su hija. Sobre ello, el TSJ sostiene que estamos, al menos, ante dos violencias ejercidas contra Acosta, a saber: violen-

cia económica (art. 5, inc. 4 ley 26485) toda vez que el acusado nunca asumió la responsabilidad pecuniaria durante el embarazo, ni luego de nacida la niña y, por otro lado, violencia psicológica (art. 5 inc. 2, ley 26485) al despreciarlas e ignorarlas por lo que eran, lo que se tradujo en la negación del reconocimiento de la paternidad de la niña.

Por último, el TSJ sostuvo que la muerte de la niña Martina no puede ser encuadrada en la figura de femicidio puesto que, si pensamos que en lugar de una niña se hubiese tratado de un varón en iguales circunstancias, se estaría concediendo mayor valor a la vida de un bebé de sexo femenino que a un bebé de sexo masculino, lo cual pondría de manifiesto un difícil e insalvable conflicto de constitucionalidad. De esta manera, el TSJ resuelve el problema de relevancia, y entiende que es procedente la figura del femicidio por la muerte de Acosta, no así de la hija Martina, cuestión que se discutirá en los próximos apartados de esta nota a fallo.

4. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales

El femicidio es una figura que ha sido incorporada a nuestro sistema penal hace poco tiempo. La incorporación del femicidio al Código Penal argentino fue el 14 de noviembre del 2012 a partir de la sanción de la ley nacional N.º 26.791, la cual fue promulgada el 11 de diciembre de dicho año. Así, el femicidio no fue incorporado como figura penal autónoma,

sino que se lo considera un agravante del homicidio. El artículo 80 del Código Penal (CP) indica que: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: (...) INC 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”. De esta manera, el femicidio es un agravante que, específicamente, responde al caso de violencia contra la mujer. Contini (2013) muestra que la palabra femicidio se utilizó públicamente por primera vez por la estadounidense Diane Russel en el Tribunal de Crímenes contra la Mujer que se celebró en Bruselas. El término pretende abarcar al asesinato de una mujer por un hombre por el hecho de ser mujer. Por su parte, Buompadre (2013), citando a Diana Russel, distingue entre femicidio íntimo (asesinato realizado por el hombre con quien la víctima tenía una relación de convivencia, familiar íntima, etc.), no íntimo (la víctima no tenía una relación previa) y por conexión (produce el asesinato de un familiar, pariente o persona ligada por un vínculo afectivo con la mujer, con el fin de castigarla, destruirla psíquicamente o provocarle un sufrimiento), postura que ha sido tenida en cuenta en las discusiones parlamentarias a la hora del tratamiento para la inclusión del agravante penal en el sistema jurídico argentino.

Ahora bien, Pérez Manzano (2021) advierte que el motivo específico que caracteriza a la violencia sobre las mujeres ejercida por razones de género y, específicamente,

al femicidio es su condición de instrumento de dominación. Estamos frente a una violencia que opera como instrumento de poder. Esto nos lleva a la necesidad de indicar qué es violencia de género. El artículo 6 de la ley 26.845 indica las modalidades de violencia contra las mujeres. En este sentido, indica que, por modalidades, debemos entender a “las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos” (Art. 6, ley 26.845) y explicita los distintos tipos, a saber: violencia doméstica; violencia institucional contra las mujeres; violencia laboral; violencia contra la libertad reproductiva; violencia obstétrica; violencia mediática; violencia contra las mujeres en el espacio público; violencia política. Al momento de definir violencia doméstica contra las mujeres, indica:

“Aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia” (Art. 6, ley 26.845).

Ahora bien, a los fines de comprender cabalmente qué implica el femicidio, cabe abordar qué es el género. Para ello, abordaremos las propuestas teóricas de Lamas (1996), una referente en la materia. La autora comienza advirtiéndole que, al hablarse de género, estamos refiriendo a una categoría social, es decir, es una construcción social. En cambio, la noción de sexo es un concepto de corte biológico. Es necesario distinguir género de sexo, toda vez que la categoría género es la que permite abordar lo culturalmente construido respecto a características biológicas de los cuerpos. De esta manera, la autora advierte que la cultura introduce el sexismo, es decir, la discriminación en función del sexo mediante el género. Por su parte, Largade (1996) indica que la perspectiva de género incluye el análisis de “las relaciones sociales intergenéricas e intragenéricas, privadas y públicas, personales, grupales y colectivas, íntimas, sagradas, políticas” (p. 31). De esta manera, la perspectiva de género implica analizar las instituciones (tanto civiles, como estatales) a los fines de abordar la situación de la mujer teniendo en cuenta cómo las relaciones sociales han contribuido a la violencia. Implica asumir una óptica crítica en donde se propone dejar de reproducir el orden de género que ha puesto a las mujeres en situación desigualitaria respecto de hombres. A todo ello, se suman las palabras de Stefani (2018) quien advierte que el gen de la violencia está en la desigualdad existente entre el hombre y la mujer, lo que se corresponde a una cuestión

histórica de construcción social: el patriarcado.

Por lo dicho, y en relación con lo sostenido por las autoras, es menester generar un cambio cultural a los fines de erradicar la violencia contra la mujer. En efecto, es de vital importancia que los jueces y las juezas, a la hora de resolver conflictos que tratan sobre género, apliquen perspectiva de género y honren los compromisos asumidos en los tratados internacionales de derechos humanos de las mujeres, como la Convención de Belem do Pará, ratificado por Ley N.º 24.632. Ello, porque Lamas (1996) indica que los estereotipos y los prejuicios impiden que pueda erradicarse la desigualdad de género toda vez que propone tomar como natural la desigualdad que ha sido producto de la historia y de nuestra cultura. Debemos erradicar aquellas asociaciones que ponen a la mujer como más cercana a la naturaleza, al hogar y la maternidad; mientras que al hombre se lo simboliza con el ámbito público.

Al decir de Manfroni (2021), la perspectiva de género contribuye a erradicar y desnaturalizar la diferencia entre roles de género que ha justificado y legitimado el trato violento hacia las mujeres. Por su parte, Fappiano (2020) invita a reflexionar respecto al por qué de la necesidad de juzgar con perspectiva de género. En este sentido, propone que juzgar con perspectiva de género es transversal a todos los casos judiciales, así como lo es la propia situación de desventaja de las mujeres en nuestro sistema. Aquí, en nuestro fallo, aplicar perspectiva de género sería, en

primer lugar, dar cuenta del contexto de violencia que Lizarralde propició hacia Paola Acosta. Ivanega (2019) indica que el TSJ ha dado un gran paso al resolver este caso: ha puesto de manifiesto los requisitos para la procedencia del agravante de femicidio. Aclaró así una duda: no es necesaria una relación afectiva duradera entre la víctima y el victimario para que proceda la figura.

Por último, Olmedo (2017) refiriéndose al análisis efectuado por el TSJ sobre el fallo de Paola Acosta indicó que, sobre el examen de la figura penal en cuestión, identifica necesariamente la subsunción típica de la subsunción convencional, pues entre sus elementos normativos requiere la concurrencia de “violencia de género”. La Sala Penal del máximo tribunal de la Provincia se ha expedido manifestándose que, ante casos sospechosos, la investigación en lo atinente al contexto para confirmar o descartar si se trata de violencia de género, debe estar dado sobre las características de la violencia, y revisado según el contexto en que ocurre, demandando la exploración de la relación víctima/autor, a través de informes y pruebas técnicas que incluyan las personalidades de ambos.

b. Antecedentes jurisprudenciales

La Sala Penal del TSJ ha considerado diversos fallos internacionales y nacionales para arribar a la decisión de modificar la calificación legal dispuesta para los hechos imputados a Gonzalo Lizarralde. Lo primero que mencionaremos es la

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como el CASO VELIZ FRANCO Y OTROS VS. GUATEMALA, mediante la cual sustenta qué si bien es difícil sostener que un homicidio o acto contra la mujer ha sido perpetrado por razones de género, muchas veces, esa imposibilidad deviene de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades.

Por su parte, cita y menciona el Caso ESPINOZA GONZÁLES VS. PERÚ, donde se manifiesta que la ineficiencia judicial frente a casos individuales de violencia contra la mujer propician un ambiente de impunidad que facilita y promueve la violencia de la mujer.

A mayor abundamiento, la Sala Penal cita jurisprudencia (“Trucco”, S. 140, 15/04/2016) dictada por ese mismo tribunal, donde se examinó el corpus iure de derechos humanos vinculados con la violencia de la mujer en búsqueda del acercamiento a los rasgos identitarios de la violencia de género, donde se considera la normativa internacional, pactos y legislación argentina para la interpretación en los fallos judiciales identificatorios en materia de violencia de género. El TSJ de Córdoba consideró que la suspensión del juicio a prueba puede aplicarse en un caso de violencia familiar cuando se trate de un episodio aislado y sin gravedad, que no está inserto en un contexto de violencia de género. Es decir que si tras la investigación existe duda acerca de la subsunción convencional, porque en la indagación del contexto no

emerge con probabilidad aquello que configura el rasgo identitario de la violencia de género para las reglas convencionales, “no están clausuradas las alternativas restaurativas, incluida la suspensión del juicio a prueba”. Esta situación se da cuando se trata de un caso aislado que no presenta gravedad, cuando el hecho no forma parte de un ciclo de victimización, ni supone el uso sistemático de la violencia en cualquiera de sus modalidades, no necesariamente relevantes desde el punto de vista penal, que suelen ser utilizadas por el agresor varón en relación con la víctima mujer como manifestación de poder, dominio o control.

5. Postura del autor

Estamos frente a un problema jurídico de relevancia, ya que recaen dudas acerca la aplicación de la figura del femicidio en el delito imputado, toda vez que el Tribunal de primera instancia no aplicó el agravante en mérito de que la relación entre Paola Acosta y Gonzalo Lizarralde había sido “eventual”. Veremos, sin embargo, que el homicidio se perpetró en un contexto de violencia a consecuencia de los hechos llevados adelante por Lizarralde por motivos de género.

El TSJ disintió de la resolución adoptada por la Cámara 11.a de la ciudad de Córdoba, por entender que el fallo dictado por el tribunal a quo había inobservado la aplicación del artículo 80, inc. 11 del Código Penal, por tener consideraciones limitadas para su interpretación. La Sala

Penal señaló que el rol del estado, en particular lo atribuido al poder judicial, debe estar dirigido a cimentar bases firmes, que den como resultado análisis jurídicos que, con perspectiva de género, garanticen el ejercicio de los derechos de las mujeres. Entendió que hacer lugar a las pretensiones peticionadas por la querrela, no modificaría el peso punitivo del autor, conforme la calificación atribuida por la Cámara 11.a; no obstante, y con especial hincapié en los lineamientos emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “... la administración de Justicia es la primera línea de defensa en la protección de los derechos humanos a nivel nacional, incluyendo los derechos de las mujeres, y el rol destacado del poder judicial en enviar mensajes sociales avanzando la protección (...) encaminadas a proteger a sectores en particular riesgo a sus derechos humanos como las mujeres”. El TSJ resolvió el recurso de casación presentado por el querellante particular, modificando la calificación legal del imputado Lizarralde, quien respondió como autor del delito de homicidio calificado cometido por alevosía y mediando violencia de género en contra de Paola Acosta.

El máximo tribunal de la provincia de Córdoba brinda las bases para la interpretación del femicidio con mayor amplitud, tomando una postura disidente respecto a la resolución adoptada por la Cámara 11.a del Crimen, que, bajo una apreciación restringida, excluye de los argumentos, normas, tratados y doctrina para la

interpretación de delitos con agravantes por cuestiones de género.

Los argumentos esgrimidos por el TSJ dan una ampliación en la interpretación del femicidio. Este avance, proporciona un notable progreso a la hora de establecer un alcance de los hechos facticos atribuidos, es decir, el embarazo cursado por Acosta ocultado por Lizarralde a todo su entorno familiar y círculo de amistad; la exigencia de un aborto; la negación de afrontar sus responsabilidades parentales; la lucha de Acosta por conformar un vínculo entre el asesino y su hija; y, sobre todo, el desprecio demostrado hacia Acosta por el solo hecho de ser mujer e interferir en sus planes futuros, los que fueron determinantes para entender que una relación poco duradera, informal y no fluida no infieren que el desenlace fatal que tuvo el caso no deba ser interpretado conforme lo dispuesto el artículo 80 inc. Artículo 11 del Código Penal.

El avance en la interpretación normativa que llevó aparejado el análisis del caso del femicidio perpetrado en contra de Paola Acosta desenlazó en una resolución judicial que sentó un notable precedente en materia de igualdad de género para la provincia de Córdoba. El marco legal y la jurisprudencia emitida ligan a todos los tribunales inferiores en jurisdicción provincial a asumir los compromisos y pactos internacionales al momento de emitir sus fallos judiciales.

No obstante, en el desarrollo del análisis ut supra, y adentrando en la segunda cuestión planteada por la querrela, esto es, la aplicación del agravante del femi-

dio con motivo de los hechos perpetrado contra Martina Lizarralde, resulta necesario destacar que, conforme surge de las normas y tratados internacionales, este tipo delictual castiga a aquel hombre que matare a una mujer mediando violencia de género.

Tal y como surge de las consideraciones efectuadas por TSJ y la Cámara 11.a, el género no fue determinante para la decisión de las acciones cometidas contra la menor, toda vez que, en el caso de ser varón, el accionar de Lizarralde se hubiese desarrollado bajo idénticas condiciones. El embarazo cursado por Acosta que, a posterior dio con el nacimiento de Martina, y la necesidad de deshacerse de ella por constituirse en un obstáculo para el desarrollo de sus planes de vida, fue el factor principal que llevó al condenado a efectuar los actos referidos. Brindar un tratamiento distinto por el hecho de ser mujer, teniendo en cuenta que conforme surge de la investigación el género no interfirió en la toma de decisión, es adentrar en un conflicto constitucional mediante el cual se brindaría mayor valor a la vida de una niña respecto a la de un niño, violando, incluso, tratados internacionales en el orden de la protección de los derechos de este grupo etario.

6. Conclusión

La constante evolución e interpretación de los derechos de la mujer nos obliga a interpelarnos sobre la relevancia a la hora hablar de “violencia de género”. La

subsunción de los hechos del tribunal ad quo confiere a la aplicación del femicidio una elucidación taxativa de carácter restrictivo, conforme surge de los argumentos vertidos en la sentencia del Tribunal ad quem. El TSJ instituye los límites y alcances del agravante penal, remitiéndose a normas y tratados internacionales que resguardan los derechos y garantías consagrados en la materia. Ha sido un fallo con peso histórico que ha cambiado el modo en que se aborda la

violencia contra las mujeres en nuestra provincia.

De esta forma, el máximo Tribunal de la provincia de Córdoba, resolvió la fluctuación de la exégesis legislativa y el problema de relevancia planteado. La preeminencia de sentar jurisprudencia en materia de igualdad de género de tal notabilidad compele a los tribunales en jurisdicción provincial a fallar con perspectiva de género. ■

Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.

Bibliografía

Doctrina

Buompadre, J. E. (2013) *Violencia de Género, femicidio y derecho penal: los nuevos delitos de género*, 1.a edición/ Córdoba: Alveroni Ediciones.

Comisión interamericana de Derechos Humanos (2011) *Estándares Jurídicos: igualdad de género y derechos de la mujer*, 3 de noviembre de 2011, extraído de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/estandaresjuridicos.pdf>

Contini, V. E (2013) *Femicidio: una forma de extrema violencia contra la mujer*. Extraído de www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF130232

Fappiano, O. L. (2020) *Juzgar con perspectiva de género. Pautas dadas por la Corte Suprema de justicia de la Nación*. Publicado en LA LEY 01/12/2020, 01/12/2020, 6. CITA ONLINE AR/DOC/3719/2020. Extraído de <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/>

Ivanega, M. M. (2019) *Igualdad y Género Los avances en la Construcción de una perspectiva de Género*. El citado caso “Lizarralde” del TS Córdoba en Igualdad y Género. Edición La Ley, S.A.E. 2019.

Jalil Manfroni, M. V. (2021) *Un ejemplo a seguir cuando se trata de juzgar con perspectiva de género*. Extraído de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/07/29/doctrina-un-ejemplo-a-seguir-cuando-se-trata-de-juzgar-con-perspectiva-de->

En búsqueda de una justicia con equilibrio de derechos

In search of a justice with balance of rights

María Virginia Aliendro Frandino¹
mail@hotmail.com

Resumen

El presente artículo está destinado a resaltar la importancia que debe tener la perspectiva de género para los funcionarios del Poder Judicial al momento de aplicar el derecho. Es de suma importancia analizar el rol que debe tomar la justicia a la hora de garantizar la defensa de los derechos humanos, como así también identificar aquellos casos o aspectos en donde estos no son respetados. A fin de demostrar lo antes mencionado, se analizará a lo largo del artículo la problemática planteada en el fallo “A. E. J. Y OTRO C/ PROVINCIA DE CÓRDOBA Y OTRO - ORDINARIO- DAÑOS Y PERJUICIOS- ACCIDENTES DE TRÁNSITO- Expte. N.º XXXX”. Dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Quinta Nominación de la Provincia de Córdoba.

En el caso bajo análisis se visualiza como, a pesar del esfuerzo de la legislación argentina por combatir cualquier tipo de discriminación en razón del género, aún la cultura, las creencias y los estereotipos siguen minimizado el rol de la mujer. Algunos jueces, al dictar sentencia, ignoran los derechos reconocidos a las mujeres.

Palabras clave: igualdad, perspectiva de género, daños, jerarquía constitucional.

Abstract

This article is intended to highlight the importance that the gender perspective should have for officials of the Judiciary when applying the law. It is of the utmost importance to analyze the role that justice should take in guaranteeing the defense of human rights, as well as to identify those cases or aspects where these are not respected. In order to dem-

¹Universidad Siglo 21

onstrate the above, the problems raised in the judgment will be analyzed throughout the article “A. E. J. Y OTRO C/ PROVINCIA DE CÓRDOBA Y OTRO - ORDINARIO- DAÑOS Y PERJUICIOS- ACCIDENTES DE TRÁNSITO- Expte. N.º XXXX”, determined by the Chamber of Civil and Commercial Appeals of the Fifth Nomination of the Province of Córdoba. In the case under analysis, despite the efforts of Argentine legislation to combat any kind of gender discrimination, even culture, beliefs and stereotypes continue to minimize the role of women. Some judges ignore women's rights in sentencing.

Keywords: equality, gender perspective, damage, constitutional hierarchy.

Introducción

El Estado argentino, a través de la reforma de la Constitución Nacional, le ha dado a tratados y pactos internacionales rango constitucional; el art. 75 inc. 23 determina la obligación de los Estados a legislar y promover medidas que garanticen la igualdad entre los habitantes de la nación y el respeto a los derechos reconocidos tanto en la constitución como en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Los Estados deben tener un rol activo a la hora de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna.

La sentencia bajo análisis, objeto del presente artículo, es el claro ejemplo de como el sistema judicial no está en equilibrio en cuestiones de género y de la necesidad de tener jueces capacitados e instruidos en el tema. El problema de razonamiento jurídico que se analizará es del tipo lógico de convencionalidad que deriva de la dificultad, puntualmente para el caso planteado, de determinar qué periodos indemnizar por incapacidad sobreviniente a una mujer ama de casa.

Surge la contradicción normativa de

aplicar el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en “Dutto, Aldo S. c. América Yolanda Carranza” SJ 1691-108 (25/6/2008) o la Ley Nacional 24241. En este punto cobra vital importancia el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, debido a que, a través de él, tratados, pactos, declaraciones y convenciones sobre derechos humanos adoptan supremacía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

Causa bajo análisis

El hecho inicial fue un accidente automovilístico, donde la Sra. E. J. A. y el Sr. A. E. G. colisionaron contra un móvil policial. Las víctimas demandaron a la Provincia de Córdoba y a J. L. R. por daños y perjuicios.

La causa “A. E. J. Y OTRO C/ PROVINCIA DE CÓRDOBA Y OTRO - ORDINARIO- DAÑOS Y PERJUICIOS- ACCIDENTES DE TRÁNSITO- Expte. N.º XXXX” inició en el Juzgado de primera instancia y 27.^a Nominación en lo Civil y Comercial de Córdoba.

Contra la sentencia de primera instancia

ambas partes interpusieron recurso de apelación, radicando la causa en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de quinta nominación de Córdoba.

El conflicto se originó en los parámetros utilizados en primera instancia para el cálculo de la indemnización por lucro cesante (indemnización por incapacidad) para la Sra. A y la asignación de indemnización por daño emergente para esta. Entre los agravios que plantea la parte actora en el recurso de apelación son el porcentaje de incapacidad utilizado para calcular la disminución de ingresos y la edad tomada como base para el cálculo del lapso resarcitorio.

A la hora de determinar el porcentaje de incapacidad, el juez de primera instancia prescindió, sin razón alguna, del dictamen médico del psiquiatra, donde se determinaba un porcentaje de incapacidad (79 %) mayor al utilizado por el juez (71 %).

Sobre la edad, se expresa que el juez tomó como base la edad jubilatoria de 60 años para la mujer y no los 72 años planteados por la parte. Aludiendo a que a la edad de 60 años la labor de la ama de casa va decreciendo, al igual que las capacidades dispuestas para el trabajo rentado; utilizando un criterio meramente economista en lugar de complementar su interpretación con otros aspectos de la vida.

Surge la contradicción normativa de aplicar el fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en “Dutto, Aldo S. c. América Yolanda Carranza” SJ 1691-108 (25/6/2008) donde toma como base para

este tipo de indemnizaciones el promedio de vida de 72 años o la Ley Nacional 24241 como lo hizo el juez de primera instancia, tomando la edad jubilatoria de la mujer en 60 años.

Diferentes criterios sobre un mismo hecho

La Cámara modificó los parámetros de edad y porcentaje de incapacidad de la Sra. A. tomados como base para el cálculo del lucro cesante y se le reconoció la indemnización por daño emergente, a diferencia de la sentencia emitida por el A quo, a la Sra. A.

Se arribó a tal decisión debido a que en el fallo de primera instancia no se respetaron los principios de igualdad y no discriminación de la mujer, adoptados por nuestra Constitución Nacional y los tratados y pactos internacionales con jerarquía constitucional.

El juez A quo justificó su decisión de tomar la edad de 60 años como base para el cálculo de la indemnización, aludiendo a que con el paso del tiempo el trabajo de la mujer ama de casa decrece y se agotan sus capacidades productivas. Justificación que para los vocales carece de sustento probatorio, ya que solo se basó en su creencia sobre dicha labor, de manera totalmente arbitraria y en contraposición a lo determinado en nuestro ordenamiento jurídico y los tratados y pactos internacionales con igual jerarquía.

La Cámara se basó en los artículos 37 y 75, incisos 22 y 23 de la Constitución

Nacional, donde queda clara la igualdad entre varones y mujeres y la adopción de tratados y pactos internacionales que velan por este principio. Entre ellos se menciona: la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Art. 1 y 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Debido al compromiso que el Estado argentino tomó al darle jerarquía constitucional a los tratados y pactos internacionales, la justicia debe velar por la defensa de los derechos humanos de la mujer en todos sus aspectos.

Así es que la Cámara, por las razones expuestas, considera correcto aplicar el criterio jurisprudencial del fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en “Dutto, Aldo S. c. América Yolanda Carranza” SJ 1691-108 (25/6/2008) que asigna la edad de 72 años como tope para el cálculo de la indemnización por lucro cesante a través de la Fórmula Marshall.

Mirada de la doctrina y legislación. Resultados del análisis

En Argentina, en el año 2009, se sancionó la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres. La misma tiene por objeto, entre otros, promover y garantizar la eliminación de actos discriminatorios hacia las

personas en todos los ámbitos. Impone la obligación de los tres poderes del Estado de implementar medidas tendientes a eliminar la desigualdad de género y vuelve a mencionar el compromiso del Estado argentino con la protección de los derechos humanos reconocidos en tratados y pactos internacionales. La influencia de la perspectiva de género en el ámbito judicial queda resaltada en el Art. 9 inc. h, al mencionar a los funcionarios públicos del ámbito de la justicia como unos de los destinatarios de las políticas públicas dispuestas por el Consejo Nacional de la Mujer a fin de garantizar el logro de los objetivos de la presente Ley.

El problema jurídico de convencionalidad planteado al principio de este artículo es salvado por Silva – Abbot (2012). En su artículo publicado en la Universidad de la Sabana, en 2012, donde plantea que el derecho internacional en los últimos tiempos ha tenido gran injerencia en el desarrollo de la normativa interna de cada Estado respecto a los derechos humanos, injerencia que, como en nuestro caso, se da a través del reconocimiento constitucional de los acuerdos y tratados internacionales. Es tan grande la influencia del derecho internacional planteada que la soberanía nacional es cada vez más débil, incluso limitada en algunos aspectos.

Por su parte, Ninni (2021) plantea la importancia y el impacto que tienen en la sociedad las decisiones del Poder Judicial. Teniendo en cuenta que Laura V. Ninni es jueza, es interesante señalar que

entiende la perspectiva de género no solo en términos que alcancen al género femenino, sino a situaciones en donde hay una clara diferencia de poder, y resalta la extrema necesidad de capacitar en este sentido a los integrantes del Poder Judicial para asegurar así fallos justos.

En igual perspectiva, la magistrada Medina (2016), en su artículo, Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?, sostiene que más allá de los tratados internacionales y las leyes nacionales vigentes, aún las mujeres siguen siendo víctimas de discriminación y violencia a causa del género; razón por la cual la única solución para lograr un verdadero cambio cultural y sentencias justas es implementar un profundo proceso de reeducación de los jueces a fin de que puedan identificar la situación de desigualdad y fallar de manera más acertada combatiendo dicha problemática social. Se podría decir que ellos son como guardianes de las Convenciones de Derechos Humanos, ya que, a través del control de convencionalidad, los jueces tienen la tarea de velar por una correcta aplicación del derecho garantizando el respeto de los derechos humanos.

Respecto a la fórmula de cálculo del lucro cesante o incapacidad sobreviniente, en el presente fallo se utilizó la fórmula Marshall. El parámetro de la edad tomada como tope es muy debatido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Históricamente, usos y costumbres hicieron que se utilice como tope la edad

jubilatoria (65 en el caso de hombres y 60 años para las mujeres). En lo que respecta a este punto, Parmigiani (2017) considera a este tipo de mecanismo como injusto, ya que utilizar dicho tope implica determinar que pasado ese límite la persona ya no cuenta con capacidades para seguir generando utilidades y que la incapacidad no impacta en forma negativa sobre el resto de vida de la víctima.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su título V, capítulo 1, sección 4 define el concepto de daño, poniendo como objeto de lesión a la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva. El art. 1738, que avala la indemnización por lesiones a la integridad de las personas más allá de su capacidad económica, establece que:

“La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo con la probabilidad objetiva de su obtención y pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”

A su vez, del art. 1740 surge como principio rector la reparación integral del daño. Entre los fallos donde se puede ver cómo la perspectiva de género y el respeto por la integridad del ser humano en todos sus aspectos han influido en las sentencias, están el de la Cámara 4.a de Apelaciones

en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “Villalobos, Nidia Angélica y otros c. Cobarrubia Montivera, Ana Paola y otros s/ daños y perjuicios (accidente de tránsito)”, 14/09/2015, AR/JUR/63305/2015), el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III en “Méndez, Alejandro Daniel c. Mylba S.A. y otro” (28/04/2008) y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C. en “Procaccini, Patricia Alejandra c. Campeni, Susana Beatriz s/ Daños y perjuicios” (19/05/2021), entre otros.

A estas alturas y luego de haber realizado los análisis anteriores, lo más acertado es concluir que la indemnización por incapacidad sobreviniente tiene por fin indemnizar a la víctima a raíz de las consecuencias que trae aparejada la lesión a su integridad psicofísica, ya que dicho menoscabo afecta el desenvolvimiento en todos los aspectos de su vida cotidiana. No está vinculada exclusivamente a la afectación de la capacidad laboral o productiva de esta, sino que va más allá; busca resarcir de manera integral, cumpliendo de esta forma con el principio rector de reparación plena planteado en Código Civil y Comercial de la Nación.

El A quo, a la hora de determinar la indemnización por incapacidad sobreviniente, estableció el límite de edad de 60 años para el cálculo de la misma, debido a que hizo analogía de las capacidades que demanda realizar tareas del hogar con las capacidades que demanda realizar un trabajo rentado; ignorando el resto de los aspectos que se vieron afectados como consecuen-

cia de las lesiones sufridas por la Sra. A. Con lo cual, en concordancia con la perspectiva de género, es pertinente el accionar de la Cámara al incrementar a 72 años el límite de edad para el cálculo de la indemnización, porque ni la edad jubilatoria ni tener una edad avanzada significa un cese total de la productividad y actividad de una persona.

En primera instancia se evidenció un trato discriminatorio respecto a la mujer que desempeña tareas del hogar. Ya que el juez de primera instancia basó su argumentación de limitar la indemnización por incapacidad hasta los 60 años, en que el trabajo de la mujer que se dedica a su hogar va disminuyendo con el paso del tiempo. Criterio totalmente subjetivo por parte del juez, ya que se guió por creencias de una sociedad que aún continúa minimizando el rol de la mujer dentro del hogar, sin considerar los indicadores sobre esperanza de vida publicados por el INDEC, donde se visualiza un claro aumento de los mismos a los largo de los años.

De ahí la necesidad de tener a funcionarios del Poder Judicial capacitados para que a la hora fallar apliquen el derecho con perspectiva de género. Para evitar sesgos de este tipo no solo en relación a las mujeres, sino a las personas que integran minorías socioétnicas.

Es necesario que todos los integrantes de los poderes del Estado estén alineados a fin de cumplir con el compromiso adoptado por el Estado argentino en materia de derechos humanos. Porque actualmente contamos con una legisla-

ción que regula el respeto sobre los mismos, que recepta la perspectiva de género dentro del ordenamiento jurídico, por lo cual es indispensable que los responsables de aplicar el derecho lo hagan siguiendo este lineamiento.

En el fallo la parte actora tuvo que recurrir al recurso de apelación a fin de lograr una sentencia justa y equitativa, libre de todo prejuicio y discriminación por su condición de ser mujer y ama de casa.

Conclusión

Juzgar con perspectiva de género debe ser una obligación legal que a los inte-

grantes del Poder Judicial se les debe exigir cumplir. A lo largo del artículo vimos cómo los distintos funcionarios del Poder Judicial aún no están alineados para combatir las desigualdades en razón del género que subsisten en nuestra sociedad. Debemos evitar que la víctima tenga que acudir a distintos recursos para hacer valer sus derechos. Es necesario que los jueces de la Argentina se unan a la transición que como sociedad estamos viviendo en materia de derechos humanos, sobre todo en perspectiva de género. ■

Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.

Referencias

Ley N° 26.485. (2009). Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. (BO 14/04/2009). Honorable Congreso de la Nación Argentina

Ley N° 26.994, (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. (BO 01/10/2014). Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley N° 24.430, (1994). Constitución de la Nación Argentina. (BO 10/01/1995).

Ley N° 23054, (1984). Aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Pacto Internacionales de Derechos Civiles y Políticos. Art. 26 (1966). Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Art. 3 (1976). Naciones Unidas.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre (1948). Organización de los Estados Americanos.

- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Naciones Unidas.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981). Naciones Unidas.
- Juárez Ferrer, M. (2017). Cuantificación del daño. Buenos Aires: La Ley.
- Medina, Graciela. (2016). Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? Thompson Reuters - La Ley Online, 1-16.
- Ninni, L. (2021). Juzgar con perspectiva de género. Thompson Reuters - La Ley Online, 1-2.
- SILVA-Abbott, M. (2012). Algunas consideraciones sobre la penetración del derecho internacional en los ordenamientos estatales influido por la perspectiva de género. *Díkaion*, 21(2), 385-405.
- Tribunal Superior de Justicia, sala Civil y Comercial de Córdoba. "Dutto Aldo secundo c/ América Yolanda Carranza y otro - ordinario - recurso de casación (Expte. D-02-07)" (25/06/2008) publicado en el poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

El problema de interpretación: un obstáculo en la delimitación de la violencia contra la mujer

The problem of interpretation: an obstacle in the delimitation of violence against women

Victor Hugo Morales¹
moralesh.victor@gmail.com

Resumen

He seleccionado de la temática “Cuestiones de género”, y he basado mi tesis sobre el análisis de la resolución dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en "Chialvo Ivana V. C/ Municipalidad De Villa María Y Otro – Ordinario" Recurso De Casación – 328831 (27/07/2020). En la misma, los magistrados debieron realizar una nueva ponderación de los hechos denunciados por la Sra. Chialvo, quien padeció el acoso sexual y laboral por parte su superior jerárquico.

La relevancia del presente análisis se centra en el abordaje que debe realizarse bajo los parámetros de la ley 26.485 en miras de subsanar la vulneración de los derechos de la mujer. La perspectiva de género es un compromiso asumido por el Estado Argentino que debe materializarse en sentencias que sean ejemplificadoras, en la cuales no sólo se evite la revictimización, sino que se otorgue una solución armónica en torno al marco normativo imperante.

Palabras clave: Violencia de Género, prevenir, Estado, Responsabilidad, Interpretación Normativa.

Abstract

I have selected from the theme "Gender Issues", and I have based my thesis on the analysis of the resolution issued by the Labor Chamber of the Superior Court of Justice of Córdoba, in "Chialvo Ivana V. C/ Municipalidad De Villa María Y Otro - Ordinary" Cassation Appeal – 328831 (07/27/2020). In it, the magistrates had to carry out a new

¹Universidad Siglo 21

consideration of the facts denounced by Mrs. Chialvo, who suffered sexual and labor harassment by her hierarchical superior.

The relevance of this analysis focuses on the approach that must be carried out under the parameters of Law 26,485 in order to remedy the violation of women's rights. The gender perspective is a commitment assumed by the Argentine State that must be materialized in sentences that are exemplary, in which re-victimization is not only avoided, but a harmonious solution is granted around the prevailing regulatory framework.

Keywords: Gender Violence, prevent, State, Responsibility, Normative Interpretation.

Introducción

El caso presenta una problemática lingüística de interpretación que pone en duda el encuadre jurídico del caso. Dada la definición de violencia contra la mujer que se explicita en el art. 4.º de la Ley 26.485, toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal. La duda interpretativa radica en determinar si acaso tales términos permiten dar por sentado que la norma no es inclusiva de aquellos supuestos en los que quien padece violencia, de algún modo ha consentido el tipo de trato recibido. Guastini (2000) refiere que la interpretación se presenta como una actividad de conocimiento, ya que ello implica averiguar el verdadero significado de las leyes y/o la verdadera intención del legislador.

El acoso y la violencia en el mundo del trabajo no es del todo una problemática nueva, más bien acompaña al hombre desde sus inicios desde una perspectiva antropológica. El concepto de mobbing, o acoso laboral, implica un concepto amplio que debe ser evaluado bajo una ponderación armónica a la luz de la Ley 26.485 la cual obliga a adoptar una óptica bajo la perspectiva de género para poder reparar situaciones en la cual la mujer es avasallada e instaurada en un estado de vulnerabilidad. Ello se refleja en la causa “Chialvo Ivana V. c/ Municipalidad De Villa María Y Otro – Ordinario – Otros (Laboral)” Recurso De Casación – 328831 emitida el día 27 de julio del 2020 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

Si bien en la sentencia bajo examen se evidencia la convergencia de la temática de género conjuntamente con la laboral, prevalece claramente la primera de ellas atento a la omisión grave de la misma en las instancias inferiores. La actora debió interponer un recurso de casación que sería resuelto por el Tribunal Superior

ante el rechazo en ambas instancias de una acción en contra de su superior jerárquico (Sr. Quevedo) y la Municipalidad en la que trabajaba por el acoso sexual y laboral sufrido por aquel. El TSJ debió realizar una nueva ponderación de las pruebas de las cuales se desprendería de manera clara el actuar ilícito del demandado y la responsabilidad consecuente de la codemandada. Los camaristas habrían colegido que dicha conducta no constituía un supuesto de violencia y que, como consecuencia directa de ello, no podía atribuírsele las secuelas dañosas que padecía la Sra. Chialvo.

Se observa un problema lingüístico de interpretación, que pone en duda el encuadre jurídico del caso. Dado que el art. 4.º de la Ley 26.485 define la violencia contra la mujer como:

(...) toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal.

La duda interpretativa que conduce a estas páginas radica en determinar si acaso tales términos permiten dar por sentado que la norma no es inclusiva de aquellos supuestos en los que quien padece violencia, de algún modo ha consentido el tipo de trato recibido.

Guastini (2000) refiere que la interpretación se presenta como una actividad de conocimiento, ya que ello implica averiguar el verdadero significado de las leyes y/o la verdadera intención del legislador.

La relevancia del análisis de esta causa implica en llegar al fondo de la cuestión suscitada, determinar y delimitar si efectivamente la actora sufrió un tipo de violencia descrito en la mentada ley anteriormente mencionada. No obstante, se pretende a través de estas páginas brindar nociones que sirvan para un cabal entendimiento del planteo y de las posturas jurisprudenciales confrontadas. A modo de cierre, se expondrá la postura del autor y se esbozará una sinapsis de la resolución esgrimida.

Marco Teórico

Uno de los aspectos más relevantes que tienen que encarar las personas encargadas de aplicar una norma jurídica, para determinar las consecuencias correspondientes, es el desentrañamiento de las cuestiones fácticas controvertidas. Es este proceder el que permitirá establecer la ocurrencia de los acontecimientos y, luego, su subsunción en el presupuesto de hecho de la norma en cuestión. Tal operación, presente en las más variadas temáticas, cobra singular significación en los asuntos donde la violencia de género, en cualquiera de sus manifestaciones, se encuentra presente. En el ámbito laboral, caracterizado por relaciones jurídicas atravesadas por la subordinación que tipifica los vínculos depen-

dientes, muchas veces tienen lugar situaciones de violencia contra la mujer (sea bajo la forma de acoso o maltrato psicológico, físico, sexual, o bajo la forma de discriminación), y la atención –y, sobre todo, decisión– por parte de los tribunales especializados resulta de suma complejidad.

Es menester resaltar la trabajosa labor que requiere el desentrañamiento de la controversia sobre los hechos demostrativos de la violencia. Los que no solo resultan invariablemente negados por el agresor o por quien tenía el deber de velar por las condiciones de seguridad en la que se debe llevar a cabo el débito laboral (cabe precisar, la empleadora), sino que, de ordinario, o al menos en la gran mayoría de los casos, suelen perpetrarse de forma subrepticia respecto de terceras personas –distintas de la víctima y el victimario–; indeseada particularidad que dificulta –por no aventurar, imposibilita– la observación (directa) por testigos.

El interrogante que se genera es si ese mismo estándar en materia de apreciación probatoria rige en casos de violencia que no sean tan claramente identificables como una hipótesis de discriminación (v.gr. acoso o maltrato); debiéndose puntualizar, para dimensionar el concepto, que la ley 26.485 define la violencia contra las mujeres como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física,

psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón (art. 4) –definición que, en líneas generales, comprende las traídas por la Convención de Bélem do Pará o la CEDAW–.

A su turno, el art. 30 de la ley 26.485 también otorga al juzgador deberes de diligencia amplios en lo que refiere a la investigación de un hecho de violencia y, en tal sentido, al igual que lo que se observa de la legislación internacional, otorga una facultad –e impone una responsabilidad– investigativa específica a los efectos de erradicar la violencia en todas sus formas. Aun cuando se entendiera que la directiva estuviese relacionada con la labor penal, lo cierto es que la ley trae definiciones en lo que al ámbito laboral incumbe y, en función de ello, corresponderá –en lo pertinente– su aplicación al régimen procesal laboral. Sobre todo, si se observa, con la atención que ello amerita, que el artículo 31 reconoce el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica, considerándose las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

En ese cauce deviene imprescindible recordar que la Organización Internacional del Trabajo ha adoptado el Convenio 190 sobre violencia y acoso (ratificado por nuestro país) que no solo remite a cuestiones de género, pero que sin duda –y expresamente– las incluye; imponiendo al Estado, y en consecuencia a sus tres poderes, el insoslayable deber de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”; “garantizar medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso”. Y, me permito agregar, profundizando este horizonte de sentido, que la Recomendación 206 pregona que “Los mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos en casos de violencia y acoso por razón de género deberían comprender medidas tales como... la inversión de la carga de la prueba, si procede, en procedimientos distintos de los penales”. Inclusive, no es ocioso advertir, nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación prevé la facultad judicial del juez, en materia de reparación, de distribuir la carga de prueba en forma dinámica ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla (conf. art. 1735).

En dicho orden de saber debe enfatizarse que, a la situación de vulnerabilidad propia de la trabajadora dependiente que tiene un derecho conculcado, se añade otra hipótesis de vulnerabilidad proveniente de haber sido víctima de violencia; lo cual coadyuva a visualizar que la dificultad probatoria de cualquier pleito

laboral se ve exacerbada por la conducta sórdida a demostrar. Aspecto que no puede ser desoído toda vez que, reitero, la protección de los derechos constitucionales que asisten a las víctimas en general está especialmente garantizada por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres. Si tenemos en cuenta las distintas disposiciones que confluyen en el tema (de orden legal, suprallegal y constitucional, conf. art. 75.22 CN), las responsabilidades asumidas por la República Argentina en diversos instrumentos internacionales relacionados y, sobre todo, que el Comité de la CEDAW en su Recomendación General N.º 19 consideró que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad; podemos válidamente concluir –en concordancia con los lineamientos de las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia– que el plexo argumental construido sobre la base de la discriminación por motivos de género, en lo que atañe a las facetas adjetivas relacionadas con la apreciación y distribución de la carga probatoria, debe ser ponderado y aplicado en aquellas reclamaciones que tienen como finalidad investigar, prevenir y reparar supuestos de violencia de género suscitados en el ámbito del trabajo.

Siendo –por otro parte, pero con esa misma orientación– directamente aplicable la previsión del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo en el sentido que en casos de subsistencia de duda – aun luego de distribuir la carga probatoria en forma dinámica– en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados se decidirán en el sentido más favorable a la trabajadora.

Luego de una nueva ponderación de los hechos y en base a los argumentos que serán expuestos seguidamente, los vocales de la Sala Laboral del TSJ Dres. Luis Enrique Rubio, M. Mercedes Blanc de Arabel y Luis Eugenio Angulores coligieron que era propicio admitir el recurso deducido por la parte actora y, en consecuencia, casar el pronunciamiento. El resolutorio n.º 123 esgrimido el día 27/07/2020 hace lugar a la demanda a la pretensión de la reparación integral por el daño a la salud solicitada por la Sra. Chialvo y condena solidariamente a las demandadas estableciendo que los cálculos se efectuarán en la etapa previa a la ejecución de sentencia conforme a las pautas dadas.

Las argumentaciones centrales sobre las cuales el STJ cordobés cimentó su resolutorio, sirvieron para solventar el problema lingüístico anteriormente esbozado. En ese orden de entendimiento, los vocales vislumbraron la imperiosidad de realizar una nueva ponderación de los hechos desde una óptica de perspectiva de género, dado que ello constituye una de las obligaciones de los operadores jurídicos a la hora de impartir justicia.

Existe un paradigma normativo que no puede rehusarse a la hora de resolver una controversia en las que se halle alguna forma de discriminación o de violencia contra la mujer.

Así las cosas, avizoraron que el modo en que había resuelto la Cámara se alejaba de una calificación que pudiera tenerse como ética, dado que había evitado conceptualizar las conductas del responsable, como actos ilícitos de necesaria sanción y erradicación. En ésta misma línea argumental, los jueces expresaron que la conclusión asumida en el derecho aplicado en la sentencia de grado, lejos de abordar la problemática de violencia de género en el ámbito laboral, y ocuparse de erradicar este tipo de conductas, había vulnerado una vez más los derechos de la trabajadora.

A raíz de lo expuesto, se coligió que la conducta del demandado se hallaba encuadrada en la normativa vigente como una acción ofensiva, humillante y discriminatoria para con la Sra. Chialvo. Basaron su razonamiento en lo establecido en la Ley n.º 26.485, específicamente en los arts. 4, 5, y la normativa es clara, ya que, ante un caso de violencia de género de este tipo, justamente lo que se plantea es la no revictimación de la persona afectada, ya que las reglas en materia de las cargas de pruebas así también lo establecen.

Para finalizar, los magistrados consideraron que la pericial médica determinó que los actos de acoso ejecutados por el demandado tuvieron una entidad suficiente que determinaron la producción

de un daño permanente en la salud de la actora, por lo que dicho accionar debía ser patrimonialmente resarcido.

Para una cabal comprensión de la figura imputada, es preciso brindar una concepción de lo que implica el acoso dentro del ámbito laboral. Si bien la doctrina es amplia al respecto, resulta atinada y completa la definición esgrimida por Teresa Pérez del Río, quien manifiesta que:

(...) constituye acoso sexista toda conducta gestual, verbal, comportamiento o actitud, realizado tanto por superiores jerárquicos, como por compañeros o inferiores, que tiene relación o como causa el género de una persona y que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad y la integridad física o psíquica de esta, que se produce en el marco de organización y dirección de un empresario, degradando las condiciones de trabajo de la víctima y poniendo en peligro su salud y su empleo. (Pérez Del Río, 2009, p. 15).

Al respecto, Petrone (2018) remarca que el acoso psicológico en el ámbito laboral está destinado a doblar la autoestima del trabajador, por lo que se caracteriza por la repetición de las humillaciones; la víctima es tratada en forma despectiva y el objetivo final es forzar su renuncia o alejamiento, además, lo que prima, es una acción coercitiva y de dominación que obstruye en su víctima la facultad para desarrollar su derecho a la comunicación. Hay numerosos términos para referirse a este accionar, tales como

“Acoso moral”; “Psico-terror laboral”, “Acoso Psicológico”; y el más generalizado actualmente: “Mobbing”, en referencia al movimiento de “patota” o Mob (Otaola, 2021).

El marco protectorio sobre el cual se cimienta la protección de la mujer recae –entre otras- en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW), aprobada por la Ley N.º 23.179, así como en la mentada Ley N.º 26.485 “Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales” del año 2009. Inserto en esta última, el art 5.º explicita los distintos tipos (física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, y simbólica). Mientras el art. 6.º reconoce en sus modalidades a la violencia doméstica, a la institucional, contra la libertad reproductiva, obstétrica, mediática y la laboral, (que es lo que aquí puntualmente interesa).

Conclusión

Luego de profundizar en los aspectos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales antes reseñados, se procede a manifestar que lo sentenciado en autos se considera acorde al material estudiado, por lo que se comparte la opinión de los jueces.

El acoso de la mujer en el ámbito del trabajo es una de las modalidades de violencia de género que tanto repudia la

Organización Internacional del Trabajo, así como diversos instrumentos nacionales e internacionales. Estas situaciones revisten una gravedad que demandan de un adecuado abordaje temprano, así como de un tratamiento acorde a las necesidades y una solución lo más expedita posible.

Tal como se ha visto, el mayor óbice en los procesos en donde se debe probar el acoso está dado por elementos subjetivos de la figura, lo indeseado de la conducta por parte de la víctima y la intencionalidad del agente respecto del perjuicio para aquella. Es por ello que resulta imposter-gable una interpretación por parte de la judicatura a la luz de la perspectiva de género. El espíritu del legislador es siempre brindar mayor protección a la mujer como sujeto vulnerable.

Basta repasar el decálogo de causas resueltas que involucran este tipo de contextos para comprender la envergadura y dimensión de esta problemática laboral. Esto hace que quienes ocupan el rol de jueces deban tener en cuenta la importancia de tomar decisiones que tengan en cuenta la tipología de los hechos que se discuten y el fin con el cual fueron creadas las normas que tutelan los derechos de la mujer. Aquí claramente se observa un apartamiento de la concepción de violencia y la falencia interpretativa que llevaron a los camaristas a argumentar que dicho acoso no sería tal y se trataría de una relación consentida por la víctima.

Cuando uno repasa el modo agresivo en que la trabajadora fue tratada por su sola

condición de mujer, hace que sea posible comprender que la igualdad entre los géneros parece estar fracturada en un modo tan álgido y progresivo, que la búsqueda de una solución debe –obligadamente– dar cumplimiento al objeto de la legislación nacional “prevenir, sancionar y erradicar” (Ley 26.485). Es claro que ello constituye una violación al derecho a laboral en condiciones de trabajo dignas y equitativas, y que si esto no se cumple se está ante un acto de discriminación, y en tal caso, la situación debe de resolverse conforme a los antecedentes jurisprudenciales, antes reseñados.

El mobbing es un tema de marcada importancia por múltiples razones, entre ellas por el bien jurídico que se vulnera cuando este se configura, así como también por ser un tema novedoso y susceptible de ser analizado desde diferentes puntos de vista (Bustamante de Casas, 2008). El mismo asume la forma de un acoso sexista, que puede ser realizado tanto por superiores jerárquicos (como ocurre aquí), como por compañeros o inferiores (Cebey y Ferrari, 2016) y atenta contra la dignidad y la integridad física de la trabajadora poniendo en peligro la salud y estabilidad o asenso de la mujer al empleo (Pérez Del Río, 2009).

Cuanto más complejas son las organizaciones, más grupos y subgrupos se generan y aumentan las chances de provocar la aparición de conductas discriminatorias (Olivares, 2004). En un punto la situación se vuelve tan gravosa que la mujer se deprime en niveles tan elevados, que su psiquis y su cuerpo en general

enferman (Petroni, 2018) a tal punto que incluso se ocasionan discapacidades laborales permanentes.

Así entonces, si se tiene en cuenta como el tribunal resolvió el caso, puede darse finalmente por sentado que si bien la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) no aborda (al menos no directamente) temas tan medulares como la violencia laboral o mobbing, el acoso moral o la discriminación, sí existe un importante bloque dedicado íntegramente a la erradicación de actos de violencia contra la mujer, que es la base legislativa que se considera apta para resolver el litigio analizado.

El acoso o mobbing es un problema grave que constituye un menoscabo en el

ámbito laboral con repercusiones directas en la esfera no solo profesional sino también personal del trabajador afectado y requiere de un profundo análisis para determinar las formas de prevenirlo, combatirlo y tratarlo. Es aquí donde debe resaltarse la obligación de atender los derechos y garantías del más débil de la relación jurídica cuya gravedad se acentúa al ser padecida por una mujer.

La tarea de los jueces ante un problema interpretativo reside justamente en acudir a un diálogo de fuentes para delimitar cual es la fundamentación y el alcance que el legislador pretendió dar a la norma puesta bajo tela de juicio. ■

Los autores de este artículo declaran que no tienen ningún conflicto de intereses.

Referencias bibliográficas

Doctrina

Ayala del Pino. (2019). Acoso moral en el trabajo (mobbing): Concepto y elementos. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LII, pp. 149-178.

Boné, M. L. (2017). Mobbing: características específicas e intervenciones preventivas en las organizaciones de hoy en línea]. Tesis de Licenciatura, Universidad Católica Argentina, Facultad de Psicología y Psicopedagogía. Obtenido de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/mobbing-caracteristicas-especificas-intervenciones.pdf>

Bustamante de Casas, M. C. (2008). El mobbing laboral. SAIJ: DACC080115.

Cebey, M. C., y Ferrari, L. E. (2016). Violencia laboral en organizaciones públicas y privadas: percepciones y significaciones. *Anu. investig. vol.23 no.1*, pp. 55-65.

De la Iglesia, M., y Roias Breu, G. (2014). Hostigamiento laboral: Introducción de una cuarta dirección en una institución de ley. *Anu. investig. vol.21 no.1*, pp. 311-319.

Olivares, F. J. (2004). Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral. Buenos Aires:

Lexis Nexis, Depalma.

- Otaola, M. A. (02/08/2021). Mobbing o acoso laboral en Argentina: Visibilizar para prevenir y disuadir. Obtenido de <http://revista-ideides.com/mobbing-o-acoso-laboral-en-argentina- visibilizar-para-prevenir-y-disuadir/>
- Peñalva, G. (2021). Lo difícil de los casos difíciles. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP., pp. 785-812.
- Pérez Del Río, T. (2009). Violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista en el trabajo. Albacete: Ed. Bomarzo.
- Petrone, P. (2018). Mobbing-Acoso moral: estudio prospectivo en hospitales públicos de la provincia de Buenos Aires, Argentina. Rev. argent. cir. vol.110 nro. 2, pp. 1-5.
- Petzold-Pernia, H. (2011). El problema de la subsunción o cómo se elabora la sentencia. Academia & Derecho, N.º2, pp. 109-125.

Jurisprudencia

TSJ de Córdoba, “Chialvo, Ivana V. c/ Municipalidad De Villa Maria, Y Otro -Ordinario - Otros (Laboral), Expte. 328831 (03/12/2021).

Legislación

- Ley n° 20.744 (11/09/1974). Ley de Contrato de Trabajo. (BO 27/09/1974). Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Ley n° 23.179 (08/05/1985). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. (CEDAW). (BO 03/06/1985). Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Ley N° 23.592 (1988) Actos Discriminatorios. (B.O. 23/08/1988). Honorable Congreso de la Nación.
- Ley n° 24.430 (15/12/1994). Constitución Nacional Argentina. (10/01/1995). Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Ley n° 24.632 (13/03/1996). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". (BO 01/04/1996). Honorable Congreso de la Nación Argentina.
- Ley n° 26.485 (11/03/2009). Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. (BO 14/04/2009). Honorable Congreso de la Nación Argentina.

UNIVERSIDAD
SIGLO 

Editorial Universidad Siglo 21